

Le problème
de l'évaluation des apports en nature
dans les sociétés par actions
et les sociétés à responsabilité limitée

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Le 2 Mars 1931

PAR

Jacques HYBORD



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1931

Le problème de l'évaluation des apports en nature
dans les sociétés par actions
et les sociétés à responsabilité limitée

Le problème
de l'évaluation des apports en nature
dans les sociétés par actions
et les sociétés à responsabilité limitée

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Jacques HYBORD



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1931

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires :

- MM. APPLETON (Charles), ✱, ✱ I.
APPLETON (Jean), O. ✱, ✱ I.

Professeurs

- 1 I. JOSSERAND, ✱, ✱ I., Doyen, Professeur de *Droit civil*, quai Gail-
leton, 29.
PIC (Paul), ✱ O., ✱ I., Professeur de *Droit international public*,
place Ollier, 2.
LAMBERT, ✱, ✱ I., Professeur de *Droit comparé*, rue Sully, 24.
LAMEIRE, ✱ I., Professeur de *Droit constitutionnel*, 44, chemin de
Vassieux, Caluire (Rhône).
LÉVY, ✱, ✱ I., Professeur de *Droit civil*, rue Pierre-Corneille, 61.
GONNARD, ✱, ✱ I., Professeur d'*Economie politique*, rue Vaube-
cour, 34 bis.
ANTONELLI, ✱, ✱, ✱ I., Professeur d'*Histoire des doctrines éco-
nomiques*, avenue de Noailles, 17.
PERROUD, ✱, ✱ I., Professeur de *Procédure civile*, quai des Brot-
teaux, 2 (V. 9-50).
COHENDY (Georges), ✱ I., Professeur de *Droit commercial général*,
quai Saint-Vincent, 46 (B. 37-36).
GARRAUD (Pierre), ✱, ✱, Professeur de *Droit criminel*, cours de
la Liberté, 29. Assesseur du Doyen.
ROUBIER, ✱, Professeur de *Droit civil*, rue Pierre-Corneille, 107.
FALLETTI, Professeur de *Droit Romain*.

Agrégés

- MM. PHILIP, chargé de cours d'*Economie politique*.
LAMBERT (Jacques), *Histoire du Droit*.
PERROUX (François), *Science des Finances*.
DE LAPLANCHE, *Droit romain*.
NICOLAS, *Droit Public*.

Chargé de cours

- M. CONDOMINE, ✱ A., *Droit civil* (Capacité, 1^{re} année).

Secrétariat

- M. DUBROCA, ✱ A., *secrétaire*.

MEMBRES DU JURY

- M. COHENDY, Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
MM. PIC Paul, Professeur à la Faculté de Droit.
MAZEAUD Léon, Prof. à la Faculté de Droit de Grenoble. } *assesseurs*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A MA TANTE QUI M'A ÉLEVÉ

Le problème de l'évaluation des apports en nature
dans les sociétés par actions
et les sociétés à responsabilité limitée

Indroduction

Le problème de l'évaluation des apports en nature comporte la résolution d'un double conflit d'intérêts: l'un entre les associés et les créanciers sociaux; l'autre entre les apporteurs de biens en nature et les souscripteurs de numéraire.

La majoration de la valeur des apports en nature est préjudiciable à la fois aux créanciers de la société et aux souscripteurs de numéraire. Les premiers sont trompés sur l'étendue des garanties qui leur sont offertes puisque le capital social qui constitue leur gage a une valeur réelle inférieure à sa valeur apparente. Les souscripteurs de numéraire sont lésés par l'attribution à l'apporteur en nature, d'une rémunération supérieure à celle qu'il aurait dû recevoir.

Ce double conflit d'intérêts existe dans les sociétés de capitaux, parce que, d'une part, la responsabilité des associés est limitée à leurs apports et que, d'autre part, les apporteurs de numéraire se recrutant par souscriptions publiques ne participent pas d'une fa-

çon personnelle à la constitution de la société. Mais seul le conflit d'intérêts entre les apporteurs de biens en nature et les souscripteurs de numéraire paraît avoir été résolu dans les sociétés par actions par la loi du 24 juillet 1867.

Dans les sociétés à responsabilité limitée qui participent à la fois de la nature des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes, seul le conflit d'intérêts entre les associés et les créanciers sociaux existe et a été résolu. Le conflit entre les apporteurs de biens en nature et les apporteurs de numéraire disparaît, car la société à responsabilité limitée est une société qui se forme entre un nombre restreint de personnes participant toutes, d'une façon personnelle, à la constitution de la société. Les apporteurs de numéraire traiteront à égalité avec les apporteurs de biens en nature et seront donc à même de se défendre.

Le problème de l'évaluation des apports en nature se pose-t-il également dans les sociétés de personnes ?

Les associés en nom collectif sont tenus personnellement et solidairement sur tous leurs biens des dettes sociales envers les tiers: le conflit d'intérêts entre les associés et les créanciers sociaux n'existe donc pas puisque le gage de ces derniers n'est pas limité au capital social. De plus, les sociétés en nom collectif sont formées entre un petit nombre d'individus se connaissant parfaitement: les risques de conflit d'intérêts entre les apporteurs de biens en nature et les apporteurs de numéraire sont donc limités. Aussi le problème de l'évaluation des apports en nature ne se pose-t-il pas dans les sociétés en nom collectif.

En est-il de même dans les sociétés en commandite simple ? Ces sociétés comprennent, comme les sociétés en commandite par actions, deux classes d'associés : les commandités tenus solidairement et sur tous leurs biens des dettes sociales ; les commanditaires tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises. Le conflit d'intérêts ainsi limité entre les créanciers sociaux et les commanditaires semble donc exister aussi bien dans les sociétés en commandite simple que dans les sociétés en commandite par actions. Le législateur n'a cependant prévu aucune mesure pour le résoudre. La raison de cette différence semble tenir à ce fait que par la solution qu'il a donnée du problème dans les sociétés en commandite par actions, le législateur de 1867 n'a eu pour seul but que de résoudre le conflit d'intérêts entre les apporteurs de biens en nature et les souscripteurs de numéraire. Or ce dernier conflit paraît avoir moins d'acuité dans les sociétés en commandite simple, puisque cette société est une société de personnes se rapprochant beaucoup plus de la société en nom collectif que de la société en commandite par actions. D'autre part, à la différence des sociétés à responsabilité limitée, le conflit d'intérêts entre les créanciers sociaux et les commanditaires sera atténué par la responsabilité solidaire illimitée des commandités.

Le problème de l'évaluation des apports en nature ne se pose donc et n'a été résolu que dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée. C'est dans cette limite que nous l'étudierons.

Au problème de l'évaluation des apports en nature vient s'ajouter dans les sociétés par actions le pro-

blème de l'appréciation de la cause des avantages particuliers. Ce problème comporte la résolution du seul conflit d'intérêts entre les personnes avantagées et les associés, car ces avantages particuliers consistent, le plus souvent, comme nous le verrons, en droits aux bénéfices sociaux et restent en dehors du capital social: leur attribution n'intéresse donc pas les créanciers sociaux mais uniquement les associés.

Bien que ce problème ne se pose pas dans les sociétés à responsabilité limitée et malgré son caractère secondaire, il nous paraît cependant impossible de l'ignorer.

En même temps que se posera, dans les sociétés par actions, la question de l'évaluation des apports en nature, se posera également la question de l'appréciation de la cause des avantages particuliers. Tel bien, telle valeur qui ne pourront faire l'objet d'un apport en nature, seront considérés comme la cause d'avantages particuliers et soumis comme telle à l'appréciation. En un mot, tout ce qui ne sera pas apport en nature sera le plus souvent cause d'avantages particuliers. Les deux problèmes sont donc liés : il est impossible de les dissocier.

L'objet de notre étude ainsi précisé, il nous paraît indispensable d'établir dans un chapitre préliminaire le critérium légal de l'apport en nature et de l'avantage particulier.

Un premier chapitre sera consacré à l'étude et à la critique de la solution donnée au problème dans les sociétés par actions, par la loi du 24 juillet 1867.

Un deuxième chapitre traitera de la solution don-

née au problème dans les sociétés à responsabilité limitée, par la loi du 7 mars 1925.

Enfin, la conclusion s'efforcera de déterminer, en s'inspirant des critiques et des solutions du droit comparé, les modifications qu'il pourrait paraître utile d'apporter aux textes actuellement en vigueur.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Le critérium légal de l'apport en nature et de l'avantage particulier ⁽¹⁾

L'article 4, aliéna 1 et 2, de la loi du 24 juillet 1867 dispose que :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. »

De son côté, l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 déclare que :

(1) Cf. à ce sujet Pic : *Des apports en nature et avantages particuliers sujets à vérification lors de la constitution d'une société par actions. Détermination d'un critérium légal.* J. S., 1914, p. 5 et suivantes.

« L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature. »

L'omission de l'une ou de l'autre de ces formalités, c'est-à-dire de la vérification et de l'approbation par les deux assemblées constitutives, dans les sociétés par actions, et de l'évaluation par les statuts dans les sociétés à responsabilité limitée, est sanctionnée par la nullité de la société (articles 7 et 41 de la loi du 24 juillet 1867 — article 7 de la loi du 7 mars 1925). Cette nullité entraîne la responsabilité civile de ceux qui devaient assurer la constitution régulière de la société (articles 8 et 22 de la loi du 24 juillet 1867 — article 10 de la loi du 7 mars 1925). Nous renvoyons, pour l'étude de ces sanctions, à la théorie d'ensemble des nullités de sociétés et des responsabilités encourues pour cause de nullité ^(1bis).

Il est donc d'un réel intérêt, avant d'étudier séparément les deux systèmes, de déterminer quels sont d'une part les apports en nature et avantages particuliers sujets à vérification dans les sociétés par actions et quels sont d'autre part les apports en nature qui doivent être évalués dans les statuts et dont la majoration entraîne la responsabilité solidaire des associés prévue par l'article 8 de la loi des sociétés à responsabilité limitée.

(1 bis) Cf. à ce sujet Hémard : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*. 2^e édition, 1926, Sirey.

SECTION I

L'apport en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée

La loi de 1925 n'a rien dit de spécial à ce sujet. En l'absence de dispositions légales, il sera donc tout naturel d'appliquer aux sociétés à responsabilité limitée les règles admises sur ce point à propos des sociétés par actions puisque les deux espèces de sociétés ont précisément pour règle commune que la responsabilité des associés y est limitée à leurs apports.

Aux termes de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil, chaque associé doit apporter à la société « ou de l'argent ou d'autres biens ou son industrie ». Ainsi peuvent faire l'objet d'un apport en société, un immeuble, un fonds de commerce, une créance, un brevet d'invention, etc., à la condition que ces biens soient dans le commerce, c'est-à-dire puissent être achetés ou vendus et qu'ils soient déterminés. C'est à ces biens de nature différente et ne consistant pas en numéraire (espèces de monnaie ayant cours, billets de la Banque de France, chèque), que l'on a réservé l'appellation générale d'apports en nature.

Aux termes de l'article 1832 du Code civil, une des conditions indispensables à la formation régulière du contrat de société est la recherche d'un bénéfice à partager. Il faut donc pour qu'il y ait juridiquement apport en société que la rémunération accordée à l'apporteur en représentation des apports effectués consiste non pas en une valeur soustraite aux risques de

la société, mais en droits sociaux allouant à l'apporteur une certaine part dans les bénéfices de la société.

La loi du 24 juillet 1867 n'a prévu dans son article 9 modifié par la loi du 1^{er} août 1893, la rémunération des apports en nature que sous la forme d'actions d'apport attribuées aux apporteurs. L'apport en nature est donc l'apport d'un bien ne consistant pas en numéraire, rémunéré par des actions ou parts sociales. C'est le sens légal et étroit qu'il faut conserver au mot apport en nature.

La création d'actions d'apport n'est pas l'unique procédé employé pour la rémunération de l'apporteur de biens en nature. Celle-ci s'opère très fréquemment au moyen de parts de fondateur ou parts bénéficiaires qui confèrent à leur possesseur un droit à une part des bénéfices sociaux, à l'exclusion de tout droit de prendre part aux assemblées générales d'actionnaires. Cette pratique que la loi du 24 juillet 1867 n'avait pas prévue a été consacrée récemment par l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929. Mais cet apport en nature rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux peut être non seulement différent par son objet, de l'apport en nature rémunéré par des actions ou parts sociales, mais il en est encore différent par sa nature même. Il doit être considéré, en effet, non pas comme un apport en nature proprement dit mais comme la cause d'un avantage particulier ⁽²⁾.

Nous allons étudier, dans deux paragraphes distincts,

(2) Nous définirons plus loin l'avantage particulier. Précisons pour l'instant que les droits aux bénéfices sociaux constituent l'élément-type de cet avantage.

ces deux sortes d'apports en nature et préciser ainsi leurs différences. Nous distinguerons ensuite l'apport en nature de la vente et dirons quelques mots de l'apport mixte.

§ I. — L'APPORT EN NATURE PROPREMENT DIT
RÉMUNÉRÉ PAR DES ACTIONS OU PARTS SOCIALES

L'apport en nature ainsi rémunéré peut avoir pour objet toute espèce de biens mobiliers ou immobiliers pourvu qu'ils soient dans le commerce et qu'ils soient déterminés. Mais cette double condition ne suffit pas ; il faut encore que ces biens aient une valeur immédiatement appréciable en argent et susceptible de figurer à l'actif du bilan en contrepartie des actions ou parts qui vont composer le capital social et par suite figurer au passif du bilan. Cette condition est, à notre avis, le véritable critérium de l'apport en nature. « L'apport en nature doit s'entendre uniquement de biens ou de droits immédiatement appréciables en argent de telle sorte que si, dès après la constitution de la société on établissait son bilan, le montant des postes actifs soit au moins égal au montant du capital social ⁽³⁾. » L'apport en nature apparaît ainsi comme un élément constitutif du capital social : il doit être susceptible de former un gage réel et tangible à l'égard des créanciers sociaux.

Cette règle interdit de rémunérer par l'attribution d'actions ou parts sociales l'apport qu'un associé ferait des travaux, études, démarches et dépenses qu'il a

(3) Drouets : *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée* (2^e édition, 1927), p. 82.

faites pour constituer la société. En effet, ces travaux, études, démarches et dépenses ne constituent pas pour la société un élément d'actif ayant une valeur appréciable et susceptible de figurer à l'un des postes du bilan. Ils ne peuvent par suite faire à eux seuls l'objet d'une attribution d'actions ou parts sociales (^{3 bis}). La rémunération de l'associé peut, dans ce cas, être assurée, soit par l'attribution d'un droit aux bénéfices sociaux, soit par le versement d'une somme d'argent, après la constitution de la société et la production des pièces justificatives nécessaires.

La même solution doit être admise en ce qui concerne l'apport qu'un associé ferait de son industrie. Cet apport consiste dans l'obligation prise par un associé de consacrer tout ou partie de son temps et de ses soins aux affaires sociales en mettant à la disposition de la société ses connaissances techniques ou professionnelles. Non seulement l'apport d'industrie est difficilement susceptible d'évaluation pécuniaire parce qu'il est aléatoire et dépend de la volonté de l'apporteur, mais encore il a pour caractéristique d'être successif, c'est-à-dire de ne se réaliser qu'au fur et à mesure des services rendus. L'impossibilité de rémunérer un tel apport par l'attribution d'actions ou parts sociales résulte nettement des dispositions de l'article 3, paragraphe 2, de la loi de 1867 et de l'article 7, alinéa 2, de la loi de 1925, qui exigent que les actions ou parts sociales correspondant à des apports en nature soient

(3 bis) Houpin et Bosvieux : *Traité général des sociétés commerciales*. 5^e édition, 1923, 3 vol., t. I, n° 556.

intégralement libérées avant la constitution de la société (4).

Comme l'apport de travaux, études, démarches et dépenses, l'apport d'industrie peut être rémunéré par l'attribution à l'apporteur d'un droit aux bénéfices sociaux.

L'apport en nature peut se présenter soit sous forme d'apport en propriété, soit sous forme d'apport en jouissance. L'apporteur demeure, dans ce dernier cas, propriétaire de la chose et s'engage simplement à en faire jouir la société pendant un temps déterminé ; il joue donc, au regard de celle-ci, le rôle de bailleur. Mais cet apport en jouissance peut-il être rémunéré par l'attribution d'actions ou parts sociales ? La raison de douter provient, dans ce cas, de ce que l'apport en jouissance paraît avoir pour caractéristique essentielle d'être successif, comme l'apport d'industrie, de telle sorte qu'il n'est définitivement réalisé que si la société a eu la jouissance du bien pendant le temps convenu. De plus le risque de perte même fortuite de la chose avant l'expiration du temps convenu incombe à l'apporteur aux termes de l'article 1867, alinéa 2, du Code civil. L'associé est considéré dans ce cas comme

(4) Sic. Hémard, *op. cit.*, n° 246.

Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 556.

Pic et Baratin : *Des sociétés à responsabilité limitée* (Paris, 2^e édit., 1929), n° 170.

Contra Ch. Lyon-Caen et L. Renault, avec la collaboration de André Amiaud : *Traité de Droit commercial* (5^e édition, t. II, 1^{re} partie, 1926 ; 2^e partie, 1929, Paris), n°s 560-2 et 1029-15.

Il convient de remarquer que dans les sociétés à responsabilité limitée toutes les parts sociales sans distinction doivent être intégralement libérées. Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 1029-22.

n'ayant pas effectué intégralement son apport et la société est dissoute ⁽⁵⁾.

Faut-il donc assimiler l'apport en jouissance à l'apport d'industrie et n'admettre la possibilité de rémunérer un tel apport que par l'attribution d'un droit aux bénéfices sociaux ? Cette solution ne nous paraît pas exacte.

L'élément apporté à la société au moment même où l'apport est effectué est le droit à la jouissance. Il faut se placer en effet à l'instant où intervient la rémunération ; il ne peut pas s'agir de l'apport de la jouissance elle-même puisque celle-ci ne sera réellement apportée à la société que lorsque cette dernière en aura bénéficié intégralement. C'est ce droit de jouissance qui est rémunéré par des actions ou parts sociales. Non seulement ce droit a une valeur certaine, susceptible de figurer à l'actif du bilan de la société, mais cette valeur est immédiatement réalisable, elle est la contrepartie immédiate des actions ou parts attribuées à l'apporteur.

A la différence de l'apport d'industrie, l'apport en jouissance n'est pas aléatoire et ne dépend pas de la volonté de l'apporteur. Celui-ci s'engage à faire jouir la société de sa chose et, par là, se dépouille irrévocablement du droit d'en user. L'apport en jouissance constitue ainsi un élément d'actif facilement appréciable en argent. Le droit au bail d'un immeuble par exemple (apport en jouissance d'un immeuble) a une valeur certaine et parfois considérable. Dans un fonds

(5) Cf. Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *op. cit.*, t. II, n° 27. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 75.

de commerce l'élément droit au bail est souvent l'élément le plus important et parfois le seul qui puisse avoir une réelle valeur pour les créanciers privilégiés. Or, l'apport d'un fonds de commerce, comprenant un droit au bail, est parfaitement licite et peut être rémunéré valablement par l'attribution de parts sociales ou d'actions d'apport à l'apporteur.

Ce droit à la jouissance a non seulement une valeur certaine mais il est immédiatement réalisable au moment même de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital; la valeur qu'on en retirera sera égale au montant des actions ou parts attribuées à l'apporteur en rémunération de son apport en jouissance (à la condition toutefois que la valeur de l'apport n'ait pas été majorée ⁽⁶⁾). Il est vrai que l'on pourrait objecter que ce droit à la jouissance conféré à l'être moral par l'associé apporteur est affecté de précarité: à mesure que la société vieillit cette valeur tend à diminuer et à disparaître) ^(6bis). Mais si la valeur de ce droit de jouissance diminue, la jouissance elle-même dont a bénéficié la société s'accroît d'autant. On peut dire que la valeur du droit de jouissance part de son maximum pour tendre à zéro alors que la valeur de la jouissance dont bénéficie la société part de zéro pour tendre à ce même maximum.

(6) Req., 21 avril 1915 (*Gaz. Soc.*, 1915, 107). Il y a apport d'une « valeur dont la société acquiert immédiatement la libre disposition, qui se fonde dans l'actif qu'elle possède et lui procure à la fois un instrument de travail et de crédit ». Sic. Hémar, *op. cit.*, n° 32. Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 169. « Au moment de la constitution de la société le droit de jouissance pourrait constituer une valeur réelle et absolue dont l'apporteur s'est dépouillé en faveur de la société ».

(6 bis) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 169.

La théorie que nous soutenons semble donc fondée. Mais nous ne sommes pas cependant sans prévoir une objection qui paraît sérieuse. La valeur du droit à la jouissance peut tomber à zéro, avant l'expiration du temps convenu, en cas de perte fortuite de la chose. Or comme nous avons vu que ce risque incombe à l'apporteur, il s'en suivra que l'associé devra être considéré comme n'ayant pas effectué son apport en entier.

Deux réflexions s'imposent. La première c'est que cette objection n'intéresse nullement les créanciers sociaux. Que l'apport soit fait en propriété ou en jouissance, le danger est pour eux toujours le même. Les risques de perte fortuite de la chose sont identiques : peu importe qu'ils incombent à la société ou à l'apporteur. La question intéresse donc uniquement les rapports des associés entre eux. Il est alors sans importance que la rémunération consiste en actions ou parts sociales, en droits aux bénéfices sociaux ou même en un prix ferme — car la difficulté subsiste de toutes façons.

D'autre part, la perte fortuite de la chose sera d'autant moins grave qu'elle se produira plus près de l'expiration du temps convenu. La jouissance elle-même dont aura bénéficié la société aura enrichi d'autant son patrimoine. L'associé sera considéré comme ayant effectué presque intégralement son apport.

Pour toutes ces raisons nous considérons l'apport en jouissance comme un apport en propriété d'un droit de jouissance susceptible d'être rémunéré, à ce titre,

par des actions ou parts sociales (^{6^{ter}}). Cette rémunération peut, à notre avis, être généralisée, sans risque, dans la pratique, si l'on prend soin toutefois d'évaluer cet apport en jouissance à sa juste valeur.

Que décider de l'apport de choses futures ?

Les choses futures peuvent en droit commun et sous réserve de la prohibition des pactes sur successions futures (article 1130 du Code civil) faire l'objet d'un apport en société (⁷). Mais de la nécessité de libérer immédiatement et intégralement les actions ou parts correspondant à des apports en nature, découle également la prohibition formelle de rémunérer de tels apports par l'attribution d'actions ou parts sociales.

Il en serait tout autrement selon nous de l'apport d'une promesse de vente ou d'une promesse de bail. Nous ne pensons pas, en effet, qu'on puisse considérer une telle promesse comme une chose future. « Une promesse de vente pour un prix ferme généralement négociée et obtenue par l'apporteur en prévision de la constitution prochaine de la société est une valeur actuelle d'ores et déjà appréciable en argent et dont la transformation en une vente ferme dépend d'une simple manifestation de la volonté de la société une fois constituée » (⁸). Un tel apport peut donc être à notre avis rémunéré par l'attribution de parts socia-

(6^{ter}) A cet égard, l'apport en jouissance se rapprocherait de l'apport en usufruit qui est un apport en propriété du droit réel d'usufruit. Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 26.

(7) Cour de Paris, 3 avril 1884 (J. S., 1885, p. 280). « Si une concession à obtenir ne peut faire l'objet d'une vente, elle peut faire l'objet d'un apport en société ».

(8) Dalloz : Rép. Prat., 1925, Société, n° 47. *Sic.* Pic, Collection Thaller : Des sociétés commerciales, t. I (1908), t. II (1914), t. I, n° 18. Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 168.

les ou actions : il constitue un véritable apport en nature immédiatement appréciable en argent. Il n'est pas rare que cette promesse de vente ou de bail soit une des raisons mêmes de la constitution de la société : celle-ci étant créée pour réaliser cette promesse.

Nous venons de préciser quelles sont les conditions que doit remplir un apport en nature pour faire l'objet d'une attribution d'actions d'apport ou de parts sociales à l'apporteur.

La majoration de la valeur d'un tel apport est préjudiciable à la fois aux souscripteurs de numéraire et aux créanciers sociaux. Il doit être sujet à vérification dans les sociétés par actions. Il doit, de même, être évalué dans les statuts, dans les sociétés à responsabilité limitée. La majoration de sa valeur entraîne la responsabilité solidaire des associés prévue par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925.

§ II. — L'APPORT EN NATURE — CAUSE D'AVANTAGE PARTICULIER — RÉMUNÉRÉ PAR DES DROITS AUX BÉNÉFICES SOCIAUX.

Cette pratique qui s'est développée dans les sociétés par actions avait un double but : permettre, d'une part, de rémunérer un apport en nature tel qu'un apport de travaux et démarches, un apport d'industrie autrement que par le versement d'une somme d'argent à l'apporteur et conserver ainsi à l'opération le caractère d'apport en société ; échapper, d'autre part, en rémunérant par des droits aux bénéfices sociaux un apport en nature susceptible cependant de faire l'objet d'une attribution d'actions, à la prescription de

l'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893, édictant la non-négociabilité des actions d'apport pendant deux ans à compter de la constitution de la société, et aux formalités de vérification et d'approbation des apports prévues par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ⁽⁹⁾.

Ces droits aux bénéfices sociaux prirent la forme de parts de fondateur ou parts bénéficiaires, dont l'usage s'est généralisé et qui ont pris de nos jours une grande importance.

La loi du 23 janvier 1929 en même temps qu'elle a défini le caractère juridique des parts de fondateur ou parts bénéficiaires a consacré expressément cette pratique, tout en lui enlevant sa principale raison d'être. Dans son article 2, en effet, elle a soumis l'opération aux formalités qu'elle avait pour but d'éviter. « Si la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature, cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867 ».

Auparavant l'article 16 de la loi du 31 mars 1927 avait rendu applicables aux parts de fondateur les dispositions de l'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893, relatives au délai pendant lequel les actions d'apport ne sont pas négociables.

Cette pratique ainsi consacrée par le législateur soulève des difficultés de deux sortes. Les unes ont trait

(9) Une telle pratique ne permettait d'échapper à ces dernières formalités qu'autant que ces droits aux bénéfices sociaux étaient attribués à un tiers et non à un associé, car l'attribution d'un avantage particulier à un associé était, aux termes de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, soumise à ces mêmes formalités.

à l'objet et à la nature même de l'apport rémunéré de la sorte; les autres concernent le principe même de l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 — qui soumet l'opération aux formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867.

Il n'y a aucune difficulté, tout d'abord, à étendre cette possibilité de rémunérer un apport en nature par des droits aux bénéfices sociaux, aux sociétés à responsabilité limitée.

La loi du 23 janvier 1929 a mis fin à la controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si les sociétés à responsabilité limitée pouvaient créer des parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Seules les sociétés par actions ont ce droit aux termes de l'article 1^{er} de la loi. Il ne pourra donc s'agir dans les sociétés à responsabilité limitée, que de l'attribution de simples « droits bénéficiaires » non négociables (^{9bis}).

Cette remarque faite, la conception de l'apport en nature rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux nous paraît n'avoir rien de commun avec la conception de l'apport en nature rémunéré par des actions ou parts sociales.

L'apport en nature rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux peut avoir pour objet toute espèce de biens pourvu qu'ils soient dans le commerce et qu'ils soient déterminés. Cette conception nouvelle de l'apport en nature résulte clairement des travaux préparatoires de la loi du 23 janvier 1929. Dans son rapport au Sénat du 25 janvier 1923 (J. O., doc. parl., avril

(9 bis) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 272.

1923, p. 17), M. Coignet s'exprime ainsi : « Nous avons stipulé que lors de la création des parts, si elles sont attribuées en rémunération d'un apport en nature tel qu'un brevet, une étude technique ou un service rendu, cette attribution devait être soumise à la vérification des apports ordonnée par la loi de 1867 pour les apports des associés ».

Ainsi donc, dans cette nouvelle définition de l'apport en nature, rentrent non seulement l'apport en nature susceptible par son objet d'être rémunéré par des actions ou parts sociales, mais encore tout apport de travaux et démarches ou d'industrie.

L'apport rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux, différent par son objet de l'apport rémunéré par des actions ou parts sociales, en est encore différent par sa nature même.

Il doit être considéré en effet bien plus comme la cause d'un avantage particulier que comme un apport en nature véritable.

La solution ne souffre aucune difficulté pour l'apport quelconque d'un service rendu ou d'une étude technique, rémunéré normalement par des droits aux bénéfices sociaux. Un tel apport ne peut avoir le caractère d'apport en nature ni par son objet ni par sa rémunération.

Mais que décider de l'apport en nature, susceptible de faire l'objet d'une attribution d'actions ou parts sociales, mais rémunéré occasionnellement par des droits aux bénéfices sociaux ? Sera-t-il apport en nature par son objet ou cause d'avantage particulier par sa rémunération ?

Il semble qu'il y ait une contradiction dans le fait de vouloir rémunérer par l'attribution de titres ou droits « qui sont en dehors du capital social » un apport qui, par sa nature, est destiné à en être l'élément constitutif.

Cette contradiction n'est qu'apparente. Si l'apport est rémunéré par une quote-part de bénéfices, cela révèle que les associés n'ont pas voulu considérer l'apport comme un élément constitutif du capital social. Le bien apporté fait partie sans aucun doute du fonds social qui constitue le gage des créanciers sociaux, mais il y entre sans valeur nominale (les droits aux bénéfices sociaux attribués en rémunération étant eux-mêmes sans valeur nominale) (^{9^{ter}}).

Cet apport en nature a ainsi perdu, par le fait même de sa rémunération, sa caractéristique essentielle d'être un élément constitutif du capital social. Il doit être considéré, au même titre que l'apport quelconque d'un service rendu ou d'une étude technique, comme la cause d'un avantage particulier.

La conception nouvelle de l'apport en nature rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux est donc excessivement large puisque toutes les causes d'attribution de ces droits constitueront un apport de ce genre. Mais cet apport doit être considéré comme la cause d'un avantage particulier. Le caractère d'apport en nature proprement dit doit être réservé à l'apport rémunéré par des actions ou parts sociales.

Cette solution entraîne des conséquences importan-

(9^{ter}) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 431, *in fine*.

tes aussi bien dans les sociétés par actions que dans les sociétés à responsabilité limitée.

C'est en tant que cause d'avantage particulier que l'apport en nature rémunéré par des parts bénéficiaires sera soumis aux formalités de vérification et d'approbation prévues par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. L'objet de cette procédure sera de résoudre le seul conflit d'intérêts entre les personnes avantagées et les associés. Les créanciers sociaux ne pourront être trompés sur la valeur réelle du capital social puisque l'apport ainsi rémunéré n'en est pas l'élément constitutif et qu'il entre dans le fonds social, gage des créanciers sociaux, sans valeur nominale.

Cette solution s'applique également aux sociétés à responsabilité limitée. L'apport en nature rémunéré par des droits bénéficiaires non négociables ne sera pas évalué dans les statuts, l'exigence de la loi ne devant s'appliquer logiquement qu'aux apports en nature rémunérés par des parts sociales. Il ne pourra donc faire l'objet d'une majoration susceptible d'entraîner la responsabilité solidaire des associés vis-à-vis des tiers.

D'autre part, en tant que cause d'avantage particulier, il ne sera soumis à aucune procédure de vérification et d'approbation, puisque le conflit d'intérêts entre les associés et les personnes avantagées se pose avec moins d'acuité dans les sociétés à responsabilité limitée que dans les sociétés par actions et n'a pas été résolu par le législateur de 1925.

Il convient de signaler en terminant que l'apport en nature pourra être rémunéré partie par des actions ou parts sociales, partie par des droits aux bénéfices so-

ciaux. Il ne sera un élément constitutif du capital social qu'à concurrence du montant des actions ou parts attribuées à l'apporteur. Il représentera partie un apport en nature véritable, partie la cause d'un avantage particulier.

Nous venons d'examiner les difficultés relatives à l'objet et à la nature même de l'apport rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux. Une difficulté subsiste. Elle provient de ce fait que l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ne soumet à vérification l'attribution d'un avantage particulier qu'autant que cet avantage est stipulé au profit d'un associé, alors que l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 ne semble faire aucune restriction de ce genre.

Il nous semble logique de remettre l'examen de cette difficulté à plus tard lorsque nous étudierons l'avantage particulier. Remarquons toutefois que la difficulté serait la même si on considérait l'apport en nature rémunéré par des parts bénéficiaires comme tel et non pas comme cause d'avantage particulier, puisque l'article 4 de la loi de 1867 dit expressément : « Lorsqu'un *associé* fait un apport qui ne consiste pas en numéraire on stipule à son profit des avantages particuliers ». Il faut donc que l'apport qui ne consiste pas en numéraire soit rémunéré par des actions d'apport susceptibles de conférer à leur possesseur la qualité d'associé ou bien qu'il soit rémunéré par des parts bénéficiaires, mais à la condition que l'apport soit effectué par un associé possédant cette qualité à un autre titre.

L'apport en nature, qu'il soit rémunéré par des ac-

tions ou parts sociales ou par de simples droits aux bénéfices, n'en est pas moins sujet aux risques sociaux. Cette caractéristique le différencie de la vente à la société que nous allons étudier.

§ III. — DISTINCTION ENTRE L'APPORT EN NATURE ET LA VENTE

Toute convention aux termes de laquelle l'apporteur reçoit en échange de sa mise sociale non plus des droits sociaux mais une valeur fixe et invariable qui lui est irrévocablement acquise, constitue non plus un apport mais une vente ⁽¹⁰⁾.

La vente doit-elle être assimilée à l'apport en nature, au point de vue qui nous occupe ?

Telle est la question qu'il convient successivement de résoudre dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée.

A. — *La vente à une société par actions doit-elle être soumise aux formalités de vérification des apports ?*

La jurisprudence de la Cour de Cassation et la doctrine admettent que la vente consentie à une société par actions n'est pas soumise aux formalités de vérification des apports ⁽¹¹⁾.

Une assemblée générale sera convoquée pour ratifier cette vente qui dépasserait ordinairement les pouvoirs

(10) Cette distinction entre la vente et l'apport a été nettement établie dans les sociétés par actions par un arrêt de la Cour d'Orléans du 11 mai 1882 (J. S., 1883, p. 437) rendu sur renvoi prononcé par un arrêt de la Cour de Cassation du 29 juin 1881.

(11) Civ., 14 juillet 1873 (S., 74, I, 424. D., 76, I, 160). Paris, 17 juillet 1882 (J. S., 1885, 48). Lyon, 26 fév. 1903 (J. S., 1903, 306). Sic. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 586, *in fine*. Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 13 et 14.

d'administration du Conseil. Mais elle statuera dans les conditions prévues aux statuts pour la tenue des assemblées ordinaires sans qu'il y ait lieu d'observer les formalités spéciales édictées pour la vérification des apports.

On conçoit que l'observation de ces dernières formalités soit gênante et qu'il soit parfois plus facile de faire approuver, le cas échéant, une vente à la société par une assemblée générale ordinaire qu'un apport en nature par les deux assemblées constitutives.

De plus, nous avons vu que les actions créées en représentation d'apports en nature n'étaient négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Cette prescription est également gênante.

En vue d'échapper à la fois aux formalités de vérification des apports et à la non-négociabilité des actions d'apport pendant deux ans, la pratique a imaginé le procédé de l'apport indirect. Ce procédé dissimule, sous l'apparence d'une souscription en espèces et d'une vente à la société pour un prix ferme, un apport en nature véritable. En voici le mécanisme. Une personne souscrit fictivement un certain nombre d'actions de numéraire de la société en formation sans en verser le montant. Elle vend par la suite à la société constituée un bien meuble ou immeuble moyennant un prix quittancé et qui est censé lui avoir été payé en espèces avec des fonds provenant de la souscription. Cette vente est ratifiée, s'il y a lieu, par une assemblée générale ordinaire, mais en réalité le prix de vente est payé non pas en espèces mais au moyen de la remise

au vendeur des actions de numéraire par lui souscrites fictivement. Il y a dation en paiement ⁽¹²⁾.

Ainsi donc, par ce procédé, l'associé a fait un apport en nature à la société. Il a reçu, en rémunération non pas des actions d'apport mais des actions de numéraire immédiatement négociables et il a échappé aux formalités de vérification des apports.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent unanimement la nullité de la société ainsi constituée, pour défaut de vérification et d'approbation des apports. « S'il était démontré que la prétendue vente n'est qu'un simulacre et qu'en réalité l'on est en présence d'un apport en nature dont les fondateurs ont cherché à dissimuler le caractère pour échapper à une vérification gênante, la société devrait être annulée pour inobservation des formalités prescrites par les articles 4 et 24 de la loi du 24 juillet 1867 » ⁽¹³⁾.

Mais cette sanction est trop lourde pour être facilement mise en œuvre. La preuve de la fraude sera difficile à établir.

On a fait remarquer, d'autre part, que cette vente devait, pour atteindre son but, intervenir peu après la souscription fictive des actions de numéraire et qu'elle se trouvait ainsi réalisée dans la période suspecte de la constitution de la société.

Aussi un jugement du Tribunal de Commerce de la

(12) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, n° 585. Il convient cependant de remarquer que ce procédé présente un inconvénient qui en diminue l'utilité car la vente entraîne des droits d'enregistrement plus élevés (12 % + 3 % : taxe complémentaire exceptionnelle sur la première mutation) que l'apport (3 % + 2,40 % : droit de transcription en cas d'apport immobilier).

(13) Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 16. Dall., Rép. Pr., Société, n° 2529. Civ., 13 mars 1876 (S., 76, I, 361). Paris, 2 janvier 1906 (J. S., 1906, p. 211). Paris, 20 juin 1907 (J. S., 1907, p. 503).

Seine du 12 décembre 1892 (S., 95-2-106) avait-il décidé que la vente, dont l'objet est destiné à faire partie du capital d'origine, est, quelle que soit la dénomination adoptée par les parties, un véritable apport soumis pour sa validité, à peine de nullité de la société, à la vérification et à l'approbation des deux assemblées organisées par l'article 4 de la loi de 1867. La thèse affirmée dans ce jugement procédait du souci évidemment louable de protéger les intérêts sociaux, mais elle nous paraît difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, laquelle ne semble nullement distinguer entre la vente postérieure à la constitution de la société et la vente réalisée dans la période suspecte de cette constitution et affranchit toute vente non démontrée frauduleuse des formalités de vérification ⁽¹⁴⁾.

En droit, la question renouvelle celle de savoir si la vente consentie à la société en formation est possible.

Une telle vente peut d'abord être une nécessité pour la société. Il se peut, en effet, que la société se constitue uniquement en vue de l'acquisition d'un terrain, d'un fonds de commerce par exemple; il se peut, d'autre part, que le propriétaire de ce terrain ou de ce fonds de commerce ait manifesté son intention de ne pas participer aux risques de la société et de recevoir une somme d'argent. La société aura donc tout intérêt à rendre cette vente ferme dès sa constitution.

Elle peut être ensuite une nécessité pour le vendeur, notamment en cas d'apport indirect. L'associé qui a

(13) Civ., 14 juillet 1873. Arrêt précité.

souscrit fictivement des actions de numéraire de la société en formation sans en verser le montant, devra être assuré de pouvoir réaliser sa vente à la société. Il aura donc tout intérêt à rendre cette vente ferme dès la constitution de la société et à ne pas la soumettre à l'aléa de l'approbation ultérieure d'une assemblée générale ordinaire.

Certains auteurs ⁽¹⁵⁾ ont pensé qu'une telle vente pouvait être consentie directement à la société en voie de formation, soit dans les statuts, soit par acte séparé et qu'il suffirait d'obtenir un vote d'approbation de l'une des deux assemblées constitutives avec stipulation que la vente serait subordonnée à la condition suspensive de la constitution de la société et qu'elle se transformerait en vente ferme par le fait même et au moment précis de la mise en vigueur du capital social. « On objectera que la société par actions use prématurément de sa signature et fait par là indûment une opération sociale. C'est une erreur. Les souscripteurs réunis, organisme collectif, représentant déjà la future société par actions, donnent pouvoir aux premiers administrateurs, quoique non encore désignés à cette date, à l'effet de prendre toutes ces opérations à la charge de la société » ⁽¹⁶⁾.

L'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence, à laquelle nous nous rallions, est qu'une telle solution est juridiquement impossible ⁽¹⁷⁾.

(15) Thaller et Percerou. *Manuel élém. de Droit comm.* (7^e édit., 1925), n° 532. Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 15.

(16) Thaller et Percerou, *op. cit.*, n° 532.

(17) Trib. comm. Seine, 12 déc. 1892 et 27 mars 1893, sous Paris, 23 juillet 1894 (S., 95, II, 105) et note Houpin. *Sic.* Houpin et Bosvieux, t. I, n° 584.

On fait remarquer tout d'abord que « les statuts ne peuvent renfermer des stipulations, des conventions susceptibles d'engager la société ; ils doivent contenir seulement les conditions sous lesquelles elle fonctionnera après sa constitution » ⁽¹⁸⁾.

On fait valoir, d'une façon plus générale, qu'une société par actions n'a pas le droit de contracter, de s'obliger, d'acquérir, avant d'exister par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour sa constitution définitive.

Enfin les pouvoirs des assemblées constitutives sont limités à l'accomplissement des formalités nécessaires pour donner à la société l'existence qui lui permettra ensuite de contracter ; ils ne sauraient être étendus à des actes relatifs au fonctionnement de la société et notamment à des acquisitions.

Seule la vente à une société constituée est donc possible juridiquement et comme telle, elle n'est pas soumise aux formalités de vérification des apports : jurisprudence et doctrine, nous l'avons montré, sont unanimes sur ce point.

Nous avons cependant signalé que la nécessité d'une vente à une société en formation existe, même en l'absence de toute idée de fraude. Deux moyens permettent de réaliser l'opération.

L'un consiste dans l'apport de promesse de vente. Les fondateurs de la société vont obtenir du propriétaire des biens ou valeurs que la société se propose d'acquérir, une promesse de vente pour un prix ferme,

(18) Houpin : Note S., 1895, II, 105.

réalisable dans un certain délai et à des conditions déterminées. Les fondateurs feront alors apport à la société en formation de cette promesse de vente : apport parfaitement valable et qui peut même, selon nous, être rémunéré par des actions. La transformation de cette promesse de vente en une vente ferme dépendra d'une simple manifestation de la volonté de la société une fois constituée (^{18bis}). Ce procédé permet ainsi de réaliser l'opération lorsque la vente est une nécessité pour la société, car le vendeur se trouve lié par sa promesse dès la constitution de la société.

Remarquons à ce sujet que l'apport de promesse de vente rémunéré soit par des avantages particuliers, soit même par des actions, sera soumis aux formalités de vérification. La rémunération attribuée à l'apporteur sera fonction des conditions plus ou moins avantageuses auxquelles la promesse de vente a été consentie. C'est donc la vente elle-même avec ses conditions qui sera soumise d'une façon détournée aux formalités de vérification. Les futurs actionnaires, au cours des deux assemblées constitutives, pourront toujours refuser de prendre en considération cet apport, s'ils trouvent que la réalisation de la vente serait trop onéreuse pour la société.

L'autre moyen permet, au contraire, de réaliser l'opération lorsque la vente est une nécessité pour le vendeur. L'acte de vente doit intervenir entre le vendeur et les fondateurs de la société, agissant tant en leur nom personnel qu'au nom de la société en forma-

(18 bis) Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 15.

tion et de plus se portant fort de la ratification ultérieure par la société définitivement constituée. Dans le cas où la société, ayant acquis la capacité juridique de contracter, ne se substituerait pas aux fondateurs dans l'obligation d'acheter assumée par eux, la charge de cette obligation leur demeurerait personnelle ⁽¹⁹⁾. Cette éventualité sera d'autant moins à craindre que la vente conclue par les fondateurs représentera une opération plus avantageuse pour la société.

Ce procédé permettra à l'associé qui a souscrit fictivement des actions de numéraire de la société en formation, sans en verser le montant, de réaliser plus facilement sa vente à la société, car les fondateurs, ainsi liés, ne manqueront pas de faire pression sur l'assemblée générale ordinaire chargée de ratifier la vente.

Remarquons que l'apport indirect peut s'effectuer également à l'occasion d'une augmentation de capital. L'ordre des opérations peut, dans ce cas, être modifié sans difficulté. Le futur associé peut d'abord réaliser sa vente à la société avant l'augmentation de capital, sans en toucher le prix. Il souscrira ensuite fictivement, à l'occasion de cette augmentation, des actions de numéraire sans en verser le montant. Le succès de l'opération peut ainsi être assuré sans risque.

Le procédé de l'apport indirect est donc sanctionné par la nullité soit de la société soit de l'augmentation de capital. Cette nullité résulte autant du défaut de vérification et d'approbation des apports que du dé-

(19) Trib. Seine, 26 oct. 1926 (Gaz. Pal., 14, I, 1927).

faut de libération en espèces du premier quart des actions (art. 1^{er}, loi du 24 juillet 1867) ⁽²⁰⁾.

Aucune mesure préventive n'est prévue pour déjouer la fraude. A la différence du droit français, le Code de Commerce allemand a pris, dans l'article 207 que nous étudierons, des précautions contre cette pratique qu'il appelle le Nachgründung.

B. — *La vente à une société à responsabilité limitée met-elle en jeu la responsabilité solidaire des associés vis-à-vis des tiers — prévue par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 ?*

C'est une question encore peu controversée en doctrine et qui n'a reçu aucune solution en jurisprudence. Un auteur admet que cette responsabilité existe aussi bien dans l'hypothèse où l'apport est rémunéré par l'attribution de parts sociales que dans le cas où la société verse une somme d'argent à un tiers pour son compte. « La loi vise en effet, dit-il, à éviter les gonflements exagérés du capital social qui pourraient tromper les tiers. Ce danger est également à craindre lorsque l'apport a le caractère d'une vente » ⁽²¹⁾.

Cette opinion nous paraît fondée dans son principe, sauf la réserve que nous ferons ci-après, mais elle nous semble dangereuse par les conséquences pratiques qu'elle est susceptible d'entraîner.

Le bien, objet de la vente, rémunéré par une somme d'argent fixe et invariable n'est pas un élément cons-

(20) Cette dernière cause de nullité ne jouerait cependant pas si l'apport indirect était effectué à l'occasion d'une augmentation de capital et réalisé dans l'ordre indiqué, vente d'abord et souscription ensuite.

(21) Drouets, *op. cit.*, p. 133.

titutif du capital social, il ne peut avoir aucune répercussion sur sa valeur. Mais il fait partie du fonds social qui constitue le gage des créanciers sociaux; il y entre, à la différence de l'apport en nature rémunéré par des droits bénéficiaires, pour une certaine valeur (prix de vente). C'est cette valeur qui est susceptible d'être majorée dans le but de tromper les créanciers sociaux sur la valeur véritable de leur gage. Mais le danger nous paraît cependant moins à craindre que dans le cas de majoration de la valeur d'un apport en nature rémunéré par des parts sociales. La valeur du capital social est en effet proclamée à tous les échos : lettres, prospectus en font foi. La valeur des éléments du fonds social qui n'entrent pas dans la composition du capital social est, au contraire, moins apparente puisqu'il ne faut rien moins que la lecture du bilan pour la connaître.

Sous cette réserve, le principe qui assimile, à ce point de vue, la vente à l'apport en nature nous paraît fondé.

Il faut remarquer en outre qu'à la différence de l'apporteur en nature, le vendeur reçoit en paiement non pas un droit aux bénéfices sociaux mais une somme d'argent. Si cette somme est exagérée, l'actif social qui est le gage des créanciers sociaux accusera une perte égale au montant de la différence entre la somme d'argent et la valeur réelle du bien vendu. Les créanciers sociaux seront donc doublement lésés puisque non seulement la valeur apparente de l'actif social sera supérieur à sa valeur réelle mais encore parce que cette valeur réelle aura diminué elle-même de valeur.

Nous ne pensons pas cependant qu'il soit désirable d'assimiler, à ce point de vue, la vente à l'apport en nature, car ce principe serait susceptible d'entraîner des conséquences pratiques excessives.

L'application de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925, même limitée à l'apport en nature, entraîne, comme nous le verrons, des conséquences dangereuses. Il est donc prudent, selon nous, d'interpréter restrictivement les termes mêmes de l'article 8 et de décider notamment, puisqu'il n'est question que d'apport en nature, que la responsabilité solidaire des associés vis-à-vis des tiers est hors de cause dans l'hypothèse d'une vente à la société.

La pratique de l'apport indirect aura donc, si l'on admet cette solution, sa raison d'être en matière de société à responsabilité limitée puisqu'elle permettra à l'apporteur en nature et aux associés d'échapper à la responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers. Mais ce sera sa seule raison d'être, car, à la différence des sociétés par actions, les parts sociales attribuées en représentation d'un apport en nature sont soumises au même régime de transmission que les parts sociales attribuées en représentation d'un apport en numéraire. La nullité de la société ainsi constituée résultera de l'absence d'évaluation des apports en nature et du défaut de libération intégrale des parts sociales (art. 9 de la loi du 7 mars 1925) ⁽²²⁾.

(22) Mais cette dernière cause de nullité ne pourrait jouer si l'apport indirect était effectué, comme nous l'avons remarqué, à l'occasion d'une augmentation de capital et réalisé dans l'ordre suivant : vente d'abord, souscription de parts sociales ensuite.

§ IV. — L'APPORT MIXTE

Nous venons d'étudier l'apport en nature et la vente. Les faits ne se présentent pas toujours avec autant de simplicité. Il arrive assez fréquemment que les biens apportés en société soient payés à la fois par l'attribution à l'apporteur de certains droits sociaux et en même temps par la remise d'une certaine somme d'argent. Nous sommes alors en présence d'une opération mixte valant, partie comme apport en nature, partie comme vente à la société. Cette combinaison est licite ⁽²³⁾. Elle permet ainsi de réaliser une vente à une société non constituée. Les apports mixtes doivent-ils être soumis à vérification pour le tout ou seulement pour la partie de l'opération constituant un apport en nature ? L'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence considère l'opération comme formant un tout indivisible, et la soumet à la vérification dans son ensemble ⁽²⁴⁾. Cette opinion nous paraît fondée, car le caractère indivisible de l'opération n'est pas contestable. Si l'on veut scinder l'opération, on aura, d'une part, un apport soumis à vérification, d'autre part une vente. Or ce dernier acte sera inexistant puisqu'il aura été conclu avec une société en voie de formation.

En matière de société à responsabilité limitée, il faut décider également par suite du caractère indivisible de l'opération que la responsabilité de l'article 8 ne

(23) Cour d'Orléans, 11 mai 1882 (J. S., 1883, p. 437). Req., 3 janvier 1900 (S., 1901, I, 321).

(24) Orléans, 11 mai 1882, précité. Paris, 2 janvier 1906 (J. S., 1906, p. 211). *Sic.* Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 583. Hémar, *op. cit.*, n° 254. *Contra* Wahl, note S., 1901, I, 323.

joue pas seulement dans la mesure où l'apport est rémunéré par une attribution de parts sociales mais encore dans la mesure où il est rémunéré par une somme d'argent ⁽²⁵⁾.

SECTION II

L'avantage particulier dans les sociétés par actions

L'avantage particulier existe également dans les sociétés à responsabilité limitée mais sous une forme parfois différente de celle qui existe dans les sociétés par actions ⁽²⁶⁾. D'autre part, la loi du 7 mars 1925 n'a prévu aucune mesure de vérification et d'approbation de la cause des avantages particuliers. Ces avantages consistent en effet le plus souvent en droits aux bénéfices sociaux et restent en dehors du capital social. Ils sont de plus sans valeur nominale et n'apparaissent pas au bilan de la société. L'attribution de tels avantages n'intéresse donc pas les créanciers sociaux mais uniquement les associés. Or ce dernier point de vue n'a pas retenu, comme nous le verrons, l'attention du législateur de 1925.

Nous n'étudierons donc l'avantage particulier que dans les sociétés par actions.

D'une manière générale l'on entend par avantages

(25) Piot : *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, n° 10 (Paris, 1926, extrait Journal des Notaires et des Avocats, 1925).

(26) L'avantage particulier ne peut pas notamment prendre la forme de part de fondateur ou part bénéficiaire.

particuliers soumis comme tels à vérification, toutes rémunérations en dehors du capital social, attribuées, lors de la formation de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital, à un ou plusieurs associés pour services rendus ou à rendre à la société, en tant du moins que ces rémunérations tendent à rompre l'égalité qui doit régner entre associés ⁽²⁷⁾.

Cette définition conforme à la loi du 24 juillet 1867 semble avoir été modifiée, incidemment il est vrai, par la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur ou parts bénéficiaires.

Nous allons rechercher successivement quelle est la cause de ces avantages particuliers, quelles sont les personnes auxquelles ils doivent être attribués pour être sujets à vérification et enfin quelle est la forme qu'ils peuvent prendre.

§ I. — CAUSES DE L'AVANTAGE PARTICULIER

Cette question ne soulève pas de difficulté. La liberté la plus absolue est ici permise en ce sens que tout apport quelconque, tout service rendu à la société peuvent servir de prétexte à l'attribution d'un avantage particulier (apport de travaux, études et démarches, apport d'industrie, apport en nature quelconque). La vérification imposée par la loi du 24 juillet 1867 va porter non pas tant sur la nature même de la cause de l'avantage particulier, mais bien plutôt sur le point de savoir s'il y a proportion entre l'apport ou le service rendu et la rémunération accordée.

(27) Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 17.

§ II. — AU PROFIT DE QUELLES PERSONNES L'AVANTAGE PARTICULIER DOIT-IL ÊTRE STIPULÉ POUR ÊTRE SUJET A VÉRIFICATION ?

L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 a répondu d'une façon précise à cette question : « *Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers* ». Il suit de là que l'avantage particulier, ne conférant pas à son possesseur la qualité d'associé, doit être attribué pour être sujet à vérification à un actionnaire de la société possédant, à ce titre, cette qualité. Si l'avantage particulier est stipulé au profit d'un tiers, il ne sera pas sujet à vérification ⁽²⁸⁾. Cette différence que rien ne justifie pratiquement puisque les associés seront aussi bien lésés par l'attribution d'avantages particuliers exagérés à un tiers qu'à l'un d'eux, s'explique par ce fait que le législateur de 1867 a considéré avant tout l'avantage particulier comme susceptible de rompre l'égalité entre associés et l'a soumis à ce titre seulement à la vérification ^(28bis).

Un texte de loi récent a modifié cette façon de voir. Il s'agit de l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 que nous avons signalé. « Si la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867 ».

Cette disposition ne *modifie* pas l'article 4 de la

(28) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 567.

(28 bis) Dalloz, Rép. Pr., Société, n° 2532.

loi du 24 juillet 1867. Dans son rapport au Sénat du 25 janvier 1923 (*J. O.*, doc. parl., avril 1923, p. 17), M. Coignet s'exprime ainsi : « Si l'attribution de parts bénéficiaires est faite à des actionnaires ou associés d'une société, elle constitue un avantage particulier déjà soumis à la vérification par la loi de 1867 ». L'intention du législateur, à cet égard, est donc évidente. L'attribution de parts bénéficiaires ou parts de fondateur à un associé, quelle qu'en soit la cause, continuera comme par le passé à être soumise à vérification.

Mais la disposition *ajoute* à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. Le législateur de 1929 a voulu soumettre à l'accomplissement des formalités de vérification l'attribution de parts bénéficiaires à un tiers. Il n'y a aucun doute à ce sujet. « Il a paru à votre Commission qu'il fallait donner cette garantie aux actionnaires d'une société contre des attributions abusives de parts bénéficiaires faites à des tiers... Mais si l'attribution est faite à un tiers non associé la vérification ne serait plus imposée par la loi de 1867. Il nous a paru qu'il fallait alors l'ordonner par une disposition expresse de la loi. C'est une garantie donnée aux actionnaires d'une société qu'on ne les dépouillera pas d'une forte partie de leurs bénéfices pour des services illusoires rendus par un tiers » ⁽²⁹⁾.

Nous avons vu d'autre part que l'intention du législateur de 1929 avait été de faire rentrer dans la définition de l'apport en nature toutes les causes d'attribution de parts bénéficiaires. Il faut donc décider

(29) Rapport au Sénat de M. Coignet, précité.

que toute attribution de parts bénéficiaires à un tiers, quelle qu'en soit la cause, sera soumise à vérification.

Nous avons dit que l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 n'avait pas modifié la disposition de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 concernant l'avantage particulier stipulé au profit d'un associé. Le caractère de cet avantage est de rompre l'égalité entre les associés. Dès l'instant qu'une stipulation présente ce caractère de faveur, de privilège conféré à quelques-uns, elle doit, quelle que soit sa forme ou son objet, être qualifiée d'avantage particulier dans le sens de l'article 4 de la loi de 1867 et soumise à la vérification prescrite par cet article ⁽³⁰⁾.

Cette remarque permet de ne pas considérer comme assujettis à vérification les avantages attribués à tous les associés proportionnellement au nombre d'actions possédées par eux. Mais il n'y aurait pas lieu de distinguer entre le cas où l'avantage ne profite qu'à un ou plusieurs associés individuellement dénommés ou à tout un groupe.

La jurisprudence et la majorité des auteurs opposent aux avantages personnels, c'est-à-dire stipulés au profit de certains associés désignés dans les statuts (administrateurs statutaires par exemple), les avantages impersonnels accordés dans les statuts à des associés non encore désignés (administrateurs futurs par exemple). Les premiers seraient sujets à vérification, les derniers en seraient exempts. En effet, c'est bien là, dit-on, le sens de l'article 4 de la loi de 1867 qui exige que

(30) Hémar, *op. cit.*, n° 256. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 568.

l'associé stipule à son profit des avantages particuliers. Il faut donc qu'il soit nommément désigné dans les statuts. D'autre part, l'associé avantagé ne doit pas prendre part au vote. Comment l'exclura-t-on s'il n'est pas nommé ⁽³¹⁾ ?

Il faut décider également que la création de parts de fondateur ou parts bénéficiaires mises à la disposition du Conseil d'administration, du gérant ou des fondateurs pour rétribuer des services ou des prestations qui ne doivent être fournis par les associés à la société que postérieurement ne nécessite pas une vérification spéciale car ces parts ne sont pas encore attribuées et ne constituent pas un avantage particulier stipulé au profit d'un associé.

De plus, une telle vérification serait impossible au moment de la création de ces parts car la valeur des services ou des prestations serait encore inconnue ; d'autre part, elle ne pourrait pas être effectuée au moment de l'attribution, car on admet, d'une façon générale, que les avantages accordés après la constitution de la société et en dehors d'une augmentation de capital, échappent aux formalités de vérification, sauf bien entendu l'hypothèse de fraude ⁽³²⁾.

Mais que décider « de la création, de l'attribution ou de l'émission » pendant le cours de la société, en dehors de toute augmentation de capital, de parts bénéficiaires destinées à rétribuer des services rendus par des

(31) Lyon, 26 février 1903, J. S., 1903, p. 306. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 576. Hémar, *op. cit.*, n° 256, et p. 331, note 2. Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 21.

(32) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 574. Hémar, n° 256 ; Lyon, 3 déc. 1895 (D., 98, II, 113).

tiers ? Un auteur ⁽³³⁾ a pensé que les termes mêmes de l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 ne s'opposaient pas à ce que la vérification et l'approbation par les deux assemblées interviennent à cette époque. Il a considéré avec raison, semble-t-il, que la garantie qu'avait voulu donner le législateur aux actionnaires, contre l'attribution à des tiers de parts bénéficiaires exagérées, était formelle et qu'il ne convenait pas d'y apporter d'exception.

§ III. — FORMES DE L'AVANTAGE PARTICULIER

Par symétrie avec l'apport en nature, on devrait décider, semble-t-il, que l'avantage particulier, pour être sujet à vérification, doit consister en un droit aux bénéfices sociaux et exempter de la vérification l'avantage consistant en une somme ferme, indépendante des bénéfices. Pour logique qu'elle eût été, cette solution aurait pu entraîner des abus ^(33bis). Aussi, en a-t-il été décidé autrement. Mais il convient d'apporter à ce point de vue certaines restrictions.

A. — *Avantages consistant soit en un droit aux bénéfices, soit en un privilège quelconque.*

Il convient de classer parmi ces avantages les parts de fondateur ou parts bénéficiaires — les actions de prime et actions industrielles — les actions privilégiées ou de priorité.

En ce qui concerne les parts de fondateur ou parts

(33) J. Scordel : *Les apports en nature dans les sociétés par actions*. Thèse Paris, 1930, p. 267 et suivantes.

(33 bis). Pic, *art. cit.*, J. S., 1914, p. 19.

bénéficiaires, il suffira de remarquer que la loi du 23 janvier 1929 a défini la nature de ces titres et a supprimé ainsi toutes les controverses qui s'étaient élevées à ce sujet. La part de fondateur ou part bénéficiaire est une créance, un simple droit aux bénéfices. Elle ne confère pas à son propriétaire la qualité d'associé, elle est en dehors du capital social. Il fallait donc, d'après la loi de 1867, que la part de fondateur fût attribuée à un associé pour être sujette à vérification. Mais nous avons vu que la loi du 23 janvier 1929 a soumis aux formalités de vérification l'attribution de parts bénéficiaires à un tiers, quelle qu'en soit la cause.

En ce qui concerne les actions de prime, attribuées pour des services rendus à la société lors de sa constitution, il n'y a aucune difficulté. Ce ne sont pas de véritables actions mais de simples parts de fondateur ou parts bénéficiaires mal qualifiées.

En ce qui concerne les actions industrielles, la question est controversée. Certains auteurs considèrent ces actions comme de véritables actions ⁽³⁴⁾. D'autres estiment, au contraire, comme nous l'avons admis, que ces actions ne peuvent donner droit qu'à une part dans les bénéfices et sont, par conséquent, des parts de fondateur ou parts bénéficiaires ^(34 bis).

La loi du 26 avril 1917 qui a institué les sociétés anonymes à participation ouvrière a cependant rémunéré un apport de travail par de véritables actions dites actions de travail conférant des droits sur les bé-

(34) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 160-2. Pic, t. II, n° 801. Dall., Rép. Pr., Société, n° 1761.

(34 bis) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 318. Lacour et Bouteron : *Précis de Droit commercial*, 3^e édit., 1925, n° 415.

néfices et un droit de participation à la gestion des affaires sociales. Mais il est admis que ces actions de travail ne représentent ni un apport en nature ni même, bien qu'il puisse y avoir contestation sur ce point, un avantage particulier dans le sens donné à ces mots par la loi du 24 juillet 1867, en sorte qu'il n'y aurait pas lieu, à raison de leur création, de remplir les formalités de vérification et d'approbation prescrites par l'article 4 de cette dernière loi ⁽³⁵⁾.

Quid des actions de priorité ou privilégiées ?

L'article 34 du Code de Commerce modifié définit l'action de priorité comme un titre « jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité soit sur les bénéfices soit sur l'actif social, soit sur les deux ». L'action de priorité a ceci de particulier qu'elle est une action proprement dite conférant à son propriétaire la qualité d'associé et, en outre, un avantage supplémentaire consistant soit en un privilège sur les bénéfices (action cumulative), sur le capital ou sur les deux à la fois, soit dans le droit de souscrire par priorité à une émission ultérieure ou **de prendre part** aux assemblées avec un chiffre de voix supérieur (action à droit de vote privilégié) ⁽³⁶⁾. C'est l'attribution de cet avantage supplémentaire qui est soumise aux formalités de vérification et d'approbation lorsque l'action de priorité a été attribuée en

(35) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. II, n° 1098, II, p. 542, 10. Voir au sujet de la loi du 26 avril 1917, Pic : *Les sociétés anonymes à participation ouvrière* (J. S., nov. 1917 et Revue Econ. Intern., déc. 1920).

(36) Cf. à ce sujet : *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, par H. Mazeaud, avec une préface de M. G. Cohendy, 2^e édition, 1 vol., Dalloz.

Signalons que l'article 6 de la loi du 26 avril 1930 (J. O. du 27) interdit dorénavant la création des actions à droit de vote privilégié.

représentation d'un apport en nature et non pas lorsque cette action est à souscrire et payable en numéraire ⁽³⁷⁾.

B. — *Avantages consistant en une somme fixe* ⁽³⁸⁾

Il y avait intérêt à soumettre ces avantages à vérification car, que le gérant ou le fondateur stipulent à leur profit un tant pour cent sur les bénéfices ou une somme fixe, ils sont naturellement portés à en exagérer le taux ^(38bis). Cette exagération aura pour conséquence nécessaire, dans l'un et l'autre cas, une réduction des bénéfices à répartir entre la masse des actionnaires. Mais cette somme fixe doit être forfaitaire et c'est, à notre sens, ce caractère qui permet de l'assimiler, à ce point de vue, à l'avantage particulier. On est arrivé ainsi à distinguer entre les frais de premier établissement remboursés aux fondateurs ou aux gérants (nécessité de pièces justificatives) et les honoraires qui leur sont attribués pour services rendus lors de la constitution de la société (caractère forfaitaire) ⁽³⁹⁾.

Un auteur a estimé que le traitement fixe d'un gérant ou d'un administrateur désigné dans les statuts devait être soumis à vérification ⁽⁴⁰⁾. Nous pensons cependant avec une partie de la jurisprudence et de la doctrine que ce traitement fixe ainsi stipulé ne pré-

(37) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 570. Percerou, D. 1904, 1, 483, et J. S., 1907, 67.

(38) Remarquons que l'attribution d'un tel avantage au cours de la société est susceptible d'intéresser les créanciers sociaux, car si l'avantage est exagéré, l'actif social qui est le gage de ces créanciers diminuera de valeur.

(38 bis) Pic, J. S., 1914, p. 20.

(39) Pic, t. II, n° 933. Dall., Rép. Pr., Société, n° 2535. *Contra*, Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, n° 571.

(40) Houpin et Bosvieux, n°s 575 et 576.

sente pas un caractère forfaitaire assez certain pour être sujet à vérification ⁽⁴¹⁾).

De toutes façons, en cas de doute sur le caractère d'un avantage stipulé, c'est aux juges du fond et non à l'assemblée générale qu'il appartient de se prononcer souverainement sur l'application des articles 4 et 24 de la loi de 1867.

Cette étude, en même temps qu'elle nous a permis l'examen de certaines questions nouvelles, a dégagé une notion suffisamment précise de l'apport en nature et de l'avantage particulier pour qu'il nous soit possible, maintenant, d'étudier la solution donnée au problème de l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers dans les sociétés par actions, par la loi du 24 juillet 1867.

(41) Seine, 16 mai 1887 (J. S., 1888, p. 206). Wahl, J. S., 1910, p. 162, et S., 1914, II, 130.

CHAPITRE PREMIER

Le système préventif consacré par la loi du 24 juillet 1867 dans les sociétés par actions

L'étude et la critique de ce système ont été faites de nombreuses fois. Le régime vieux de plus de soixante ans a, en effet, subi l'épreuve du temps. Il s'est révélé d'une inefficacité certaine. Le fait qu'il subsiste encore de nos jours montre surabondamment la difficulté de trouver une solution adéquate au problème qui nous occupe.

Aussi notre intention sera-t-elle d'être aussi bref que possible. Après avoir fait un rapide historique de la vérification des apports en nature et des avantages particuliers dans les sociétés par actions, avant la loi du 24 juillet 1867, nous dégagerons les caractéristiques générales du système et nous en ferons l'exposé et la critique. Enfin nous signalerons le faible côté ré-

pressif du système en étudiant la garantie due par l'associé apporteur à la société et les conséquences juridiques de la majoration frauduleuse des apports en nature.

SECTION I

Historique de la vérification des apports en nature et des avantages particuliers

Parmi les abus qu'avait engendrés sous la monarchie de juillet « la fièvre des commandites par actions » ⁽¹⁾, l'abus qui consistait dans la majoration de la valeur des apports en nature fut le premier à être signalé. Les projets de réglementation qui intervinrent alors à cette époque s'occupèrent de le réprimer.

En 1838 le gouvernement présenta un projet de loi qui prohibait d'une manière absolue les sociétés en commandite par actions. Une Commission, nommée dans le sein de la Chambre des députés, se livra à une étude approfondie du projet. Après deux mois d'examen, elle déposa un rapport qui, tout en repoussant le système absolu du gouvernement, présentait un ensemble de dispositions partant des mêmes principes et tendant au même but. D'après les articles 5, 8, 10, 11 du projet, les personnes qui se proposaient de former la société devaient préalablement dresser devant notaire, à titre de simple projet, un acte signé d'eux con-

(1) La prospérité générale de l'époque et aussi le régime de liberté auquel étaient soumises les sociétés en commandite par actions furent les deux principales causes de cette « fièvre des commandites par actions ».

tenant toutes les énonciations propres à éclairer les souscripteurs et spécialement, si l'apport consistait en immeubles, l'origine de propriété avec énonciation des prix successifs d'acquisition. Cet acte préparatoire fixait le délai dans lequel serait passé l'acte définitif de la société.

Les souscripteurs convoqués, au cours de ce délai, devant le notaire détenteur de l'acte préalable, étaient appelés à délibérer sur les statuts de la société et la rédaction de l'acte définitif. Le notaire dressait procès-verbal de la délibération qui, pour être valable, devait être signé par un certain nombre d'actionnaires ayant versé d'avance le $\frac{1}{5}$ du montant de leurs actions.

Le contrat ne devenait définitif que par la signature de la majorité des souscripteurs ayant pris part à la délibération et réunissant plus de la moitié du capital en numéraire de la commandite.

Ce système tendait à instituer un timide contrôle par les souscripteurs des propositions faites par les fondateurs de la société, relatives notamment aux apports en immeubles. Mais il n'est pas possible de lui donner un but plus précis.

Le projet n'aboutit pas. Entre temps « la fièvre des commandites par actions » était tombée.

LOI DU 27 JUILLET 1856

Ce n'était qu'un calme passager. Bientôt les scandales réapparurent à la faveur de la prospérité générale. Le gouvernement dut intervenir de nouveau. Il élaborait un projet qu'il présenta au Corps législatif en

1856. L'abus signalé précédemment continua à retenir son attention et fit l'objet de l'article 7 du projet « L'article 7 est l'un des plus importants: il a pour but la répression d'un moyen de fraude très commun, très dangereux et très difficile à saisir » ⁽²⁾. Cet article substituait au système imprécis de contrôle préalable ébauché dans le projet précédent, un système à but défini et de caractère répressif entraînant la responsabilité solidaire de l'associé apporteur et du gérant en cas de majoration d'apport en nature. « L'associé qui aura fait un apport dont la valeur réelle aura été exagérée de plus de moitié sera tenu envers tout intéressé de réparer le dommage que lui aura causé cette exagération.

Le gérant qui aura accepté un apport exagéré pourra être déclaré solidairement responsable des condamnations prononcées contre celui qui aura fait l'apport.

Enfin, s'il y a eu dol ou si des manœuvres constituant un délit ont été employées pour dissimuler l'exagération et tromper la société, l'action en rescision pourra être intentée et le Code pénal sera appliqué s'il y a lieu » ⁽³⁾.

Ce système était une application de l'idée de lésion au contrat de société. Il est vrai qu'en général la lésion quelque considérable qu'elle soit n'autorise point les majeurs à demander soit la rescision du contrat, soit la réparation du dommage qu'ils éprouvent. Mais, disait l'exposé des motifs, il y a des exceptions à cette règle, il y en a pour les partages entre cohéritiers et,

(2) Exposé des motifs de la loi du 27 juillet 1856. D., 1856, IV, p. 106.

(3) Exposé des motifs, précité.

par conséquent, pour les partages entre associés. Sans doute, cette faculté de se soustraire aux effets de son consentement doit être rarement accordée; mais elle peut l'être surtout lorsqu'il s'agit des conventions qui sont plus spécialement soumises au principe de l'égalité ou lorsque l'un des contractants était exposé plus que tout autre à être induit en erreur.

Mais le principe de lésion était déformé, semble-t-il, dans son application. Le Code civil s'en tient en effet au concept de lésion purement matérielle et ne se préoccupe nullement de l'intention des parties. Or si l'on s'en tenait, d'après notre système, au critérium objectif de l'exagération de plus de moitié de la valeur réelle de l'apport pour imposer la réparation du dommage causé, il fallait que la lésion fût compliquée de dol pour permettre la rescision du contrat.

Ce système ne fut pas retenu par la Commission du Corps législatif et M. Langlois, rapporteur, en exposa les motifs.

« Votre Commission a d'abord constaté une omission dans le projet du gouvernement, disait M. Langlois. On prévoit l'exagération dans les apports, on se tait sur celle des avantages particuliers que le gérant ou les fondateurs stipulent si souvent à leur profit » (4).

Le rapporteur critiquait ensuite l'application du principe de lésion au contrat de société. On ne peut assimiler les souscripteurs à des mineurs ni considérer le contrat de société comme un acte de partage ou

(4) Rapport au nom de la Commission du Corps Législatif. D., 1856, IV, p. 111.

traiter le souscripteur comme un vendeur. Il critiquait, d'autre part, la sanction de cette lésion. Si la lésion vicie la convention c'est le contrat même qui se trouve anéanti. L'actionnaire n'a pas droit seulement à une réparation, il a droit à la rescision du contrat et il faut lui rendre son argent.

D'ailleurs la lésion en matière de meubles n'a jamais été admise par le Code civil. La valeur des meubles est trop variable pour permettre une telle action. Les difficultés de preuve seraient trop grandes.

Pour toutes ces raisons, la Commission repoussa le système présenté par le Gouvernement et revint à l'idée de contrôle préalable ébauchée dans le projet de 1838. « Il faut donner aux souscripteurs les moyens de vérifier et les mettre en quelque sorte en demeure de ne s'engager qu'après examen et avec maturité » (5).

La Commission élaborà à cet effet un projet assez compliqué. « Lorsqu'un associé fait dans une société en commandite par actions un apport en immeubles ou en valeurs autres que du numéraire ou qu'il stipule à son profit des avantages particuliers, l'évaluation de cet apport et l'appréciation de ces avantages sont faites avant toute opération sociale. L'assemblée générale des actionnaires, convoquée à cet effet, nomme une Commission de contrôle composée de trois membres. Il est adjoint à cette Commission un ou plusieurs experts étrangers à la société et nommés, à la requête de la partie la plus diligente et aux frais de la société, par le Président du Tribunal civil. Cette Commission fait

(5) Rapport précité.

un rapport sur lequel, en cas de désaccord, chaque membre doit exprimer séparément son avis. Ce rapport est discuté dans une nouvelle assemblée d'actionnaires. L'assemblée approuve ou rejette l'apport à la majorité des voix. En cas d'approbation, la société est définitivement constituée. L'associé qui a fait l'apport assiste aux deux assemblées mais n'a pas voix délibérative ». Le contrôle préalable s'était donc singulièrement précisé. On prenait soin d'exiger la réunion de deux assemblées, la nomination d'une Commission de contrôle et l'établissement d'un rapport. Mais, à coup sûr, le caractère original du système consistait dans l'intervention d'experts étrangers à la société et nommés par le Président du Tribunal civil.

Ce système fut repoussé par le Conseil d'Etat comme trop compliqué. L'article 4 définitif de la loi du 27 juillet 1856 consacrait le système de la Commission mais l'allégeait notablement. « Lorsqu'un associé fait, dans une société en commandite par actions un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la valeur. La société n'est définitivement constituée qu'après approbation dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale. Les délibérations sont prises à la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative ».

Outre que l'intervention des experts étrangers à la

société était supprimée, ce système offrait des formes de vérification moins arrêtées que le précédent. Il n'était plus question de Commission ni de rapport. Par contre, les conditions de majorité étaient précisées.

La loi du 27 juillet 1856 qui avait maintenu en principe la liberté de former des sociétés en commandite par actions mais avait imposé des restrictions, prescrit des règles dans le but de réduire à l'impuissance la fraude ou la mauvaise foi, eut pour résultat de diminuer notablement le nombre et l'importance des commandites par actions. Mais il ne semble pas que ce soit les dispositions de l'article 4 qui aient arrêté les fondateurs éventuels de société en commandite par actions, mais bien plutôt la lourde responsabilité établie par les articles 7 et 10 de la loi à la charge du Conseil de surveillance qui avait été jusqu'alors un organe pratiquement irresponsable.

Le cadre qu'avait offert au commerce et à l'industrie ce type de société en commandite par actions était donc à peu près fermé. D'autre part, la société anonyme était soumise depuis 1807 au régime de l'autorisation gouvernementale (art. 37 du Code de Commerce). La constitution de 10 à 15 sociétés anonymes en moyenne par an, ne correspondait plus aux besoins de l'époque.

Le régime de liberté prévalut, mais il fallut pour y aboutir deux étapes marquées respectivement par les lois du 23 mai 1863 et du 24 juillet 1867.

LOI DU 23 MAI 1863

Le Gouvernement déposa le 16 mai 1863 un projet qui devint la loi du 23 mai 1863, permettant la libre

création sous le nom de société à responsabilité limitée ⁽⁶⁾ de sociétés anonymes dont le capital n'excéderait pas 20 millions. C'était une loi d'expérience. Il fallait faire l'essai « d'une société anonyme dispensée de l'autorisation gouvernementale dans des conditions telles que si l'on réussissait mal, il ne s'en suivît pas de désastres trop considérables ».

L'article 5 qui traitait de la vérification des apports en nature et des avantages particuliers reproduisait à peu près les termes de l'article 4 de la loi de 1856. Pour mettre fin à une controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si les deux assemblées de vérification pouvaient se tenir à intervalle très rapproché, la loi nouvelle exigeait une nouvelle convocation de la deuxième assemblée sans imposer cependant un délai fixe. Le dernier paragraphe de l'article 5 contenait une disposition originale. « Cette approbation (donnée par les actionnaires) ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude ». Enfin l'article 14 prévoyait que les assemblées constitutives devaient être composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social ⁽⁷⁾.

Lors de la discussion du projet de loi il avait été question, comme en 1856, de recourir à l'intervention d'experts étrangers à la société. Un amendement avait

(6) Cette expression avait été adoptée pour distinguer les nouvelles sociétés des sociétés anonymes qui avaient été créées ou qui pouvaient l'être sous le régime de l'autorisation.

(7) Cette condition de quorum fut reproduite dans la partie de la loi de 1867 relative aux sociétés anonymes et non dans la partie relative aux sociétés en commandite par actions. Cette différence a provoqué une controverse que nous signalerons plus loin.

été déposé en ce sens, dont le but était de faire évaluer judiciairement les apports au moyen d'une expertise et avec le concours du Tribunal de Commerce. Ce moyen avait été repoussé comme en 1856. Le rapporteur de la Commission en donnait ainsi les raisons. « Ce moyen constitue une dérogation à cette règle élémentaire que les intéressés sont et doivent être les meilleurs juges de leurs intérêts; il fait sortir les juges consulaires de la sphère qui leur est propre pour leur attribuer une responsabilité des plus délicates et éminemment dangereuse pour les tiers dans le cas où leur religion aurait été surprise » ⁽⁸⁾.

L'essai tenté avec la loi de 1863 réussit. Le régime de liberté produisit d'heureux résultats sans entraîner les scandales et les abus que l'on craignait. Aussi s'engagea-t-on délibérément dans cette voie. La loi du 24 juillet 1867 supprima la nécessité de l'autorisation gouvernementale pour toutes les sociétés anonymes. Elle établissait en même temps le statut général des sociétés par actions. La solution qu'elle a donnée au problème de l'évaluation des apports en nature et avantages particuliers est encore actuellement en vigueur.

Quelles conclusions pouvons-nous tirer de cette brève étude historique ? Trois idées essentielles peuvent, à notre avis, être dégagées :

1° Les lois des 27 juillet 1856 et 23 mai 1863 établissent toutes deux un système de vérification et d'approbation des apports en nature et avantages parti-

(8) Rapport par M. du Miral, n° 15. D., 1863, IV, 66.

culiers à caractère nettement préventif, c'est le système consacré par la loi du 24 juillet 1867 que nous allons étudier.

2° Le projet de loi déposé par le Gouvernement en 1856 permet de concevoir un deuxième système de caractère répressif entraînant la responsabilité solidaire de l'associé apporteur et du gérant, en cas de majoration d'apport en nature. La loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée a consacré un système de caractère analogue, mais qui en diffère autant par le principe sur lequel il repose que par son application.

3° Enfin le premier système de vérification et d'approbation préalable par les souscripteurs peut être modifié, dans son application, par l'intervention d'experts étrangers à la société qui se substituent ou se joignent aux souscripteurs eux-mêmes. C'est le principe du système des réviseurs du droit allemand.

SECTION II

Caractéristiques générales du système de la loi du 24 juillet 1867

Ce système est d'abord préventif en ce sens que la vérification de la valeur des apports en nature et de la cause des avantages particuliers intervient avant la constitution définitive de la société dont elle est une des conditions essentielles. Mais, en revanche, si cette vérification intervient dans les formes prescrites par

la loi, la société est définitivement constituée. Les actionnaires ne peuvent plus prétendre faire annuler la clause statutaire relative à l'apport ou à l'avantage en question, en démontrant qu'il y a eu effectivement majoration de la valeur de l'apport ou que l'avantage stipulé est exagéré. La dissolution de la société interviendrait-elle quelques jours après le commencement de la vie sociale, les apports seraient-ils mis aux enchères et adjugés pour le quart de l'évaluation donnée dans les statuts, les apporteurs ne produiraient pas moins à la liquidation pour toutes les actions qui leur ont été attribuées. Le moyen répressif manque. Il faut donc que le moyen préventif soit d'une efficacité certaine. Or il est loin d'en être ainsi. L'avant-dernier alinéa de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 dispose bien, il est vrai, que « l'approbation (des apports ou des avantages) ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude ». Mais nous verrons que cette disposition n'est guère opérante.

Une deuxième caractéristique du système est que cette procédure de vérification se passe à l'intérieur de la société sans l'intervention d'éléments étrangers. A ce point de vue, le système reflète la tendance libérale de l'époque où il est né. Le contrôle appartient aux souscripteurs de numéraire et aux associés non avantagés. Ce sont eux qui nomment, au cours de la première assemblée constitutive, le commissaire aux apports. Il est vrai que ce commissaire peut être choisi soit au sein, soit en dehors de la société, mais, quoi qu'il en soit, il tiendra toujours ses pouvoirs des associés. Ce

sont encore eux qui, dans la deuxième assemblée constitutive, statuent sur le rapport qui leur est soumis. Nulle part, au cours de cette procédure, on ne remarque l'intervention d'un organe indépendant de la société et des actionnaires. Le contrôle est entre les mains des intéressés. Le législateur de 1867 a estimé que cet intérêt était à lui seul une garantie suffisante de bonne vérification. Nous verrons jusqu'à quel point l'expérience lui a donné raison.

La dernière caractéristique du système découle de la précédente. En remettant le contrôle entre les mains des actionnaires non apporteurs, le législateur de 1867 a eu pour but de protéger les souscripteurs de numéraire contre les manœuvres des apporteurs de biens en nature qui seraient tentés d'en exagérer la valeur pour s'assurer une part excessive dans les bénéfices sociaux. Il n'a assuré ainsi qu'indirectement la protection des créanciers sociaux. Les majorations d'apports, lorsqu'elles se produisent sont, en effet, préjudiciables non seulement aux souscripteurs de numéraire, mais encore aux créanciers sociaux.

Le but poursuivi par le législateur de 1867 résulte notamment du fait que l'attribution d'un avantage particulier est soumise, au même titre qu'un apport en nature, aux formalités de vérification. Or une telle attribution n'intéresse pas les créanciers sociaux mais uniquement les associés.

Une disposition beaucoup plus significative, à cet égard, est le dernier paragraphe de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 : « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne

consiste en numéraire, ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux qui en étaient propriétaires indivis. » Il faut donc, d'une part, que les biens composant le capital social appartiennent indivisément aux apporteurs et, d'autre part, que la société ne comprenne pas d'autres membres que les propriétaires indivis du fonds social. L'évaluation de tels biens est, en effet, commune à tous les associés qui n'ont aucun intérêt à un contrôle dont aucun d'eux ne profiterait vis-à-vis de ses co-associés. Ce point de vue particulier néglige non seulement l'intérêt des créanciers sociaux mais encore l'intérêt des souscripteurs d'une augmentation de capital ultérieure.

Le domaine d'application de cette exception a été étendu par la jurisprudence.

Elle a appliqué tout d'abord la disposition finale de l'article 4 à la société constituée entre les seuls associés co-propriétaires des apports en nature et ayant de plus émis des actions de numéraire souscrites par les associés. Une vérification ordonnée dans ce cas n'aurait pour résultat que de faire apprécier par les souscripteurs leurs propres apports. L'exclusion des associés apporteurs dans le vote des assemblées générales appelées à vérifier les apports en nature, faits à une société par actions, a pour conséquence logique de n'appeler à délibérer que ceux qui sont étrangers à ces apports et de supprimer toutes délibérations s'il n'en existe pas ⁽⁹⁾.

(9) Paris, 26 juillet 1887 (D., 1888, II, 145). Tribunal de Commerce Nantes, 11 déc. 1897, J. S., 1898, p. 130.

Mais est-il possible d'appliquer cette disposition de l'article 4 à la société dont le capital social est uniquement composé d'apports en nature appartenant divisément aux associés ? Bien que l'on puisse concevoir dans ce cas un contrôle réciproque par les apporteurs eux-mêmes, la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de l'affirmative, malgré l'opinion contraire de la majorité des auteurs ⁽¹⁰⁾.

La jurisprudence a précisé ainsi le but poursuivi par le législateur de 1867, en interprétant libéralement la disposition finale de l'article 4 et en décidant que toute vérification est inutile lorsqu'il n'y a pas de souscripteurs de numéraire à protéger contre les exagérations ou les fraudes des apporteurs.

SECTION III

Exposé et critique du système

La procédure de vérification des apports en nature intervient lors de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital ⁽¹¹⁾. Si l'augmentation de capital n'est réalisée que par l'émission d'actions représentatives d'apports en nature, les anciens actionnaires procéderont seuls à vérification.

(10) Req., 9 nov. 1887 (S., 88, I, 449) et note Labbé. Paris, 21 mai 1892 (D., 92, II, 325). Trib. comm. Seine, 29 juillet 1889, J. S., 1900, 473. Sic. Hémar, *op. cit.*, n° 255.

Contra : Pic, t. II, n° 952. D. R. P. Société, n° 2576. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 718. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 588. Lacour et Bouteron, n° 451.

(11) Il en est de même de la vérification de la cause des avantages particuliers. Nous avons fait remarquer cependant que l'attribution de parts bénéficiaires à un tiers au cours de la société devait être soumise à vérification (art. 2, loi du 23 janv. 1929).

Mais que décider dans le cas soit de fusion de société, soit de transformation de société ?

Si la fusion de sociétés s'opère par voie d'annexion, elle constitue pour la société absorbante une augmentation de capital représentative d'apports en nature et il y a lieu à vérification.

Si la fusion s'opère par voie de création de société nouvelle, il y a lieu de distinguer. S'il y a émission d'actions à libérer en espèces, il y aura lieu à vérification. Si, au contraire, le capital de la société nouvelle n'est formé que par l'apport de l'actif des sociétés pré-existantes sans aucun versement de numéraire, il n'y aura pas lieu à vérification, d'après la solution de jurisprudence que nous avons indiquée.

Lorsqu'une société d'un type légal se transforme en société par actions, doit-on procéder à la vérification des apports ordonnée par l'article 4 ? Il est à peu près unanimement admis que l'ancienne société continue d'exister et qu'il n'y a pas création de société nouvelle, lorsque la transformation a été prévue et autorisée par les statuts ou par la loi. L'ancienne société ayant été par hypothèse régulièrement constituée lors de sa formation, il n'y a donc pas lieu d'avoir recours à de nouvelles formalités constitutives et notamment à la vérification des apports ⁽¹²⁾.

Nous voici fixé sur les cas dans lesquels il y a lieu de vérifier les apports en nature et avantages particuliers. Nous allons maintenant étudier la procédure suivant laquelle cette vérification doit être faite ⁽¹³⁾.

(12) Req., 26 octobre 1910. J. S., 1911, p. 110. *Sic.* Wahl : De la transformation des sociétés. J. S., 1910, p. 145.

(13) Nous nous placerons dans le cas le plus général et le plus fréquent de constitution de société.

A quel moment de la constitution de la société cette procédure intervient-elle ? Les statuts sont d'abord rédigés. Ils précisent les apports en nature faits à la société, fixent leur valeur et leur mode de rémunération. Ils attribuent, s'il y a lieu, certains avantages particuliers. Il faut ensuite que le capital social soit intégralement souscrit et que le quart au moins du capital social en numéraire soit effectivement versé. Une déclaration devant notaire par les fondateurs, dans les sociétés anonymes, et par les gérants, dans les sociétés en commandite par actions, constate l'accomplissement de ces deux formalités. La première assemblée constitutive est convoquée pour vérifier, d'une part, la sincérité de la déclaration de souscription et de versement et pour faire apprécier, d'autre part, la valeur des apports en nature et la cause des avantages stipulés.

Après avoir déterminé la composition des deux assemblées constitutives et les conditions dans lesquelles elles s'acquittent de leur mission, nous étudierons le rôle du commissaire aux apports et la décision que peut prendre la deuxième assemblée.

§ I. — COMPOSITION ET CONDITIONS DE FONCTIONNEMENT DES DEUX ASSEMBLÉES CONSTITUTIVES

La convocation à ces assemblées n'est soumise à aucune forme particulière. Tous les souscripteurs et attributaires d'actions doivent être touchés. La loi ne fixe aucun délai entre la convocation et la réunion de l'assemblée. Dans le silence des statuts, et en cas de

difficulté, les Tribunaux apprécient si le délai observé est suffisant. Aux termes de l'article 4, paragraphe 3, de la loi de 1867, la réunion de la seconde assemblée constitutive ne peut intervenir que cinq jours au moins après que le rapport aura été imprimé et tenu à la disposition des actionnaires.

Ces derniers ne sont pas tenus d'assister en personne aux assemblées constitutives. Ils peuvent s'y faire représenter par des mandataires. Cette faculté, qui est la règle générale, mérite une attention toute particulière. Il n'est pas exagéré de dire qu'elle fausse totalement la physionomie des deux assemblées. Les actionnaires sont, en effet, le plus souvent dans l'impossibilité matérielle d'assister eux-mêmes aux assemblées, soit à cause de l'éloignement du lieu de la réunion, soit en raison de leurs occupations. Aussi est-il d'usage de joindre à la convocation qui leur est adressée un pouvoir sous seing privé sur timbre ⁽¹⁴⁾. Ce pouvoir en blanc fera retour aux fondateurs ou aux gérants de la société qui auront ainsi le choix du mandataire. Toute liberté leur est laissée à ce sujet. Seul l'apporteur en nature et l'associé avantagé ne peuvent être mandataires et voter en cette qualité la résolution relative à leurs propres apports ou avantages ⁽¹⁵⁾. C'est la seule limitation qui existe en cette matière. La personne étrangère à la société peut être mandataire ⁽¹⁶⁾. De

(14) Ce pouvoir peut être valable pour les deux assemblées. Il est même donné parfois au bas du bulletin de souscription.

(15) Req., 31 déc. 1906 (D., 1907, I, 513) et note Percerou. « Le vote émis par un apporteur en nature en qualité de mandataire d'autres actionnaires ne doit pas être apprécié autrement quant à ses effets que le vote émis par le même apporteur comme souscripteur d'actions en numéraire ».

(16) Cass. (Ch. crim.), 3 juillet 1914. J. S., 1916, p. 78. Sic. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 601. Wahl, J. S., 1905, 145.

plus ce choix sera fait dans le sens le plus favorable aux apporteurs en nature et aux associés avantagés. Car les fondateurs ou gérants seront le plus souvent soit avantagés eux-mêmes, soit des apporteurs en nature. Il y aura, d'autre part, toujours entre eux et ces derniers, communauté d'intérêts ⁽¹⁷⁾. Le contrôle appartient donc pratiquement à ceux-là qui y sont assujettis et perd ainsi toute son efficacité. C'est le vice capital du système.

Mais, dira-t-on, si les souscripteurs de numéraire, les associés non avantagés n'exercent pas le contrôle que la loi leur a confié, la faute en revient à eux seuls et ce n'est pas le système de la loi de 1867 qu'il faut critiquer. Mais ce qu'on néglige de remarquer, c'est que le législateur de 1867 n'a prévu aucune mesure pour permettre aux intéressés d'exercer le contrôle qu'il leur confiait. Or l'exercice de ce contrôle est souvent pour eux une impossibilité matérielle. Ils n'ont même pas la ressource de s'entendre entre eux pour choisir un mandataire commun puisqu'ils s'ignorent les uns les autres. L'action de l'un d'eux risquerait de demeurer isolée et par conséquent inefficace.

Il est vrai que l'on pourra reprocher à certains leur négligence. Mais en admettant même qu'ils assistent en personne aux assemblées, nous verrons plus loin que le moyen que leur donne la loi pour apprécier la valeur des apports et la cause des avantages stipulés est

(17) Les apporteurs en nature même s'ils n'apparaissent pas comme fondateurs ou gérants auront toujours une influence prépondérante dans la société en formation. Ils auront été à l'origine de la société. Cette dernière n'aura souvent été créée qu'en considération de leurs propres apports. Les souscriptions de numéraire ne joueront qu'un rôle d'appoint.

faussé dans son application. Le commissaire aux apports, en raison des circonstances qui entourent sa nomination, ne peut pas faire un rapport défavorable aux apporteurs en nature ou aux associés avantagés.

Le système est donc faussé, de toutes façons, dans son application. L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 a cependant prévu des conditions assez rigoureuses de quorum et de majorité pour la composition et le vote des assemblées constitutives. Ces conditions n'ont qu'une seule conséquence, c'est de faciliter l'abstention des intéressés, s'ils désirent ne pas approuver la valeur des apports ou la cause des avantages stipulés.

Les délibérations sont prises à la majorité des actionnaires présents, c'est-à-dire la moitié des voix plus une. Mais cette majorité est soumise à une double condition de capital et de nombre, « elle doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire ». Cette majorité en nombre doit être calculée à raison du nombre des actionnaires ayant le droit de voter. Car « les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative ».

Les apporteurs ne peuvent approuver leurs propres apports même s'ils ont souscrit des actions de numéraire⁽¹⁸⁾. Dans ce cas ces actions ne seront pas à compter pour le calcul du quart du capital en numéraire. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile, du 6 novembre 1894 (S. 95-1-

(18) Req., 31 déc. 1906 (D., 1908, I, 513) et (S., 1909, I, 134) note Wahl. Sic. Pic, t. II, n° 941. D. R. P. Société n° 2549. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 712. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 603. Lacour et Bouteron, n° 565.

113), mettant ainsi fin à la controverse qui s'était élevée sur ce point. « Considérant qu'il est, en effet, inadmissible que les apporteurs même souscripteurs en numéraire soient exclus de la délibération lorsqu'il s'agit de l'approbation des apports et qu'on fasse entrer en ligne de compte ces apporteurs frappés d'incapacité et le capital par eux souscrit, lorsqu'il s'agit de fixer la majorité nécessaire pour la validité de la même délibération. »

On doit décider de même, par analogie, que les actions de numéraire souscrites par l'associé avantagé exclu de la délibération, ne seront pas à compter pour le calcul du quart du capital en numéraire.

Mais en revanche, ces apporteurs, ces associés avantagés peuvent assister aux assemblées, prendre part à la discussion et même voter, bien qu'il y ait controverse sur ce point, la résolution relative aux apports et avantages d'autres associés, à condition que les apports soient distincts et non indivis. Cette faculté présente certains dangers pour les souscripteurs de numéraire. Les apporteurs en nature ou associés avantagés pourront ainsi se promettre un appui réciproque. Aussi n'est-elle pas admise unanimement par la jurisprudence et la doctrine ⁽¹⁹⁾.

Si on l'admet, il faut décider logiquement qu'il faut tenir compte de leur vote pour le calcul du quart des actionnaires et que les actions de numéraire qu'ils ont pu souscrire entrent également en ligne de compte

(19) Civ., 20 janvier 1892 (D., 92, I, 229). Pic, t. II, n° 941. D. R. P. Société, n° 2551. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 603, *in fine*. Lacour et Bouteron, n° 451. Hémar, n° 255.

Contra, Alger, 26 février 1911 (J. S., 1914, 405) et note Wahl.

pour le calcul du quart du capital en numéraire, car la jurisprudence que nous avons signalée, n'a voulu exclure, selon nous, que le capital en numéraire souscrit par les apporteurs ou associés avantagés exclus de la délibération.

Alors que l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, relatif aux sociétés en commandite par actions et déclaré applicable par l'article 24 aux sociétés anonymes, se borne à prescrire que la majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire, l'article 30 relatif aux sociétés anonymes exige que l'assemblée soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, le capital social ainsi envisagé ne devant pas comprendre les apports soumis à vérification ⁽²⁰⁾.

Certains auteurs, malgré le renvoi formel de l'article 24 à l'article 4, considèrent que l'article 30 apporte une dérogation à l'article 24, en ce qui concerne la composition des assemblées et qu'il n'y a lieu d'exiger, pour la validité des assemblées constitutives des sociétés anonymes, que le quorum de présence de moitié du capital social ⁽²¹⁾.

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Cette condition de présence de la moitié du capital social est, selon nous, une garantie supplémentaire exigée par la

(20) Cette différence entre les deux sociétés par actions s'explique historiquement par le fait que cette disposition n'existait pas dans la loi du 27 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions. Or la loi du 24 juillet 1867 a reproduit cette dernière loi dans la partie relative aux sociétés en commandite par actions.

(21) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 713. Lyon-Caen, note S., 1895, I, 113. Lacour et Bouteron, n° 566.

loi dans les sociétés anonymes, représentant par excellence le type même de la société de capitaux et dont l'importance est bien plus grande que la société en commandite par actions. Cette condition s'ajoute donc à la double condition de majorité du quart en nombre et en capital numéraire. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononcent la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs ⁽²²⁾.

Cette condition de présence de moitié du capital social n'est du reste pas absolue puisque, si l'assemblée ne réunit pas le quorum exigé, elle peut prendre des décisions provisoires qui deviendront définitives lorsqu'elles auront été approuvées par une nouvelle assemblée qui délibérera valablement si elle est composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social, non soumis à vérification.

Il existe également une autre différence entre la société anonyme et la société en commandite par actions. Dans les assemblées appelées à vérifier les apports et avantages de cette dernière société, chaque actionnaire n'a qu'une voix (plus une voix pour chaque actionnaire qu'il représente) sans que les statuts puissent modifier ce mode de computation des voix. Dans les mêmes assemblées de société anonyme, au contraire, « tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts sans qu'il puisse être supérieur à dix » (art. 27

(22) Civ., 6 nov. 1894 (S., 95, I, 113. D., 95, I, 151). Req., 31 déc. 1906 (S., 1909, I, 137). Sic. Pic., t. I, n° 943. D. R. P. Société, n° 2557. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 608. Hémar, n° 270.

de la loi du 24 juillet 1867). Dans le silence des statuts chaque actionnaire n'aurait droit qu'à une voix. Il faut admettre, bien que la question soit controversée, que le souscripteur peut joindre aux voix dont il dispose personnellement, les voix de ceux qu'il représente. La représentation pour l'accomplissement d'un acte juridique est, en effet, toujours permise en l'absence d'une défense formelle de la loi ⁽²³⁾.

§ II. — RÔLE DU COMMISSAIRE AUX APPORTS.

La première assemblée constitutive fait apprécier la valeur des apports ou la cause des avantages stipulés. La loi laisse toute liberté sur le choix des mesures à prendre. Pratiquement les fondateurs ou les gérants proposent à l'assemblée la nomination d'un commissaire chargé de faire un rapport conformément à la loi, sur la valeur des apports et la cause des avantages stipulés. Ce commissaire sera, bien entendu, choisi parmi leurs amis et il n'acceptera la mission qu'on lui confie qu'avec la résolution bien arrêtée de rédiger un rapport favorable et de conclure à l'approbation pure et simple des apports et avantages. Si, en toute conscience, il entrevoit la nécessité d'un rapport défavorable, il se récusera pour ne pas désobliger ses amis, avant même d'être proposé à la nomination de l'assemblée. Les fondateurs ou gérants auront toujours la ressource de rechercher un autre commissaire à la conscience moins rigide et il n'est pas téméraire d'ajouter qu'ils le trouveront certainement. De plus ils n'au-

(23) Wahl. J. S., 1895, 193. *Contra*, Pic, t. II, n° 938. Houpin et Bosvieux, n° 609.

ront aucune peine à imposer sa nomination à l'assemblée. Les souscripteurs de numéraire, en admettant qu'ils assistent à la séance, ce qui est extrêmement rare, seront en effet peu renseignés et se laisseront facilement convaincre.

Le rapport ne peut donc pas être défavorable ⁽²⁴⁾. Aussi personne n'est dupe parmi les praticiens de l'utilité et de la valeur de ce rapport. Non seulement ils estiment qu'il est inutile, mais qu'il est même contraire aux intérêts des souscripteurs de numéraire qu'il s'agit de protéger. Mieux vaut, disent-ils, laisser ces derniers apprécier eux-mêmes les apports en nature et avantages particuliers que de leur imposer un rapport sans indication originale qui conclura toujours dans un sens favorable à l'approbation et risquera de peser ainsi sur leur décision.

Il faut, du reste, reconnaître que le système de la loi de 1867 manque de précision à cet égard. Il laisse toute liberté sur le choix du commissaire aux apports. Ce dernier peut être membre de l'assemblée ou étranger à la société. Il pourrait être même, d'après un arrêt de la Cour de Paris du 19 mars 1895 (J. S. 1895, 266), un administrateur statutaire, pourvu lui-même d'avantage particulier. Mais c'est une décision isolée et particulière dont on ne peut tirer aucune certitude.

Aucune compétence spéciale de sa part n'est requise ⁽²⁵⁾ et toute liberté lui est laissée pour établir son

(24) M. Lyon-Caen, dans une assemblée générale de la Société d'Etudes législatives du 27 mai 1921, disait : « Je ne sais si on a des exemples de cas dans lesquels les rapporteurs ainsi nommés ont conclu que l'évaluation était exagérée, qu'il y avait comme on dit dans la pratique majoration d'apports ».

(25) Lyon, 6 mars 1892 (S., 1913, II, 129) et note Wahl.

rapport. Il n'est pas strictement nécessaire, bien que cela semble rationnel, que le rapporteur fasse sur les lieux une expertise des biens apportés en nature ; il peut se borner à faire un rapport au moyen des renseignements qu'il possède ou qui lui sont fournis ⁽²⁶⁾. Il a été jugé également dans le même sens « qu'on ne saurait reprocher au commissaire vérificateur des apports une hâte intempestive dans la rédaction et le dépôt de son rapport effectués dès le lendemain de sa nomination, lorsque l'Assemblée constitutive appelée à approuver les apports doit se réunir neuf jours après cette nomination » ⁽²⁷⁾.

Aussi, d'une façon générale, bien peu de rapports échappent au reproche d'imprécision et de rédaction sans contrôle sérieux. Pratiquement les rapports sont rédigés par les fondateurs et gérants ou sur leurs conseils.

La loi exige que ce rapport soit imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de la deuxième assemblée. Mais cette garantie légale est insuffisante. Les actionnaires ont-ils seulement le droit de consulter le rapport ou peuvent-ils s'en faire délivrer une copie intégrale ou partielle ? Cette question demeure en suspens.

Ce commissaire aux apports peut-il du moins encourir une certaine responsabilité ? Cette responsabilité ne sera guère effective, elle se traduira par une action en dommages-intérêts et la condamnation qui sera prononcée sera soit minime, soit illusoire.

(26) Trib. comm. Lyon, 13 août 1900 (J. S., 1901, 266).

(27) Trib. comm. Seine, 4 juin 1918 (J. S., 1918, 271).

De plus, l'exercice même de cette action en dommages-intérêts n'est guère facilité, comme nous allons le voir, par la jurisprudence.

Au regard des créanciers sociaux qui ont traité avec la société et des actionnaires qui ont acheté leurs actions sur la foi d'un rapport mensonger, la responsabilité du commissaire aux apports sera une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. L'action en dommages-intérêts sera une action individuelle et basée sur l'article 1382 du Code civil. La portée de cette responsabilité sera le préjudice direct, même imprévisible, conformément aux règles générales de la responsabilité délictuelle ⁽²⁸⁾.

Au regard de la société, la responsabilité du commissaire aux apports sera une responsabilité contractuelle. Le commissaire est, en effet, considéré comme le mandataire de la société qui l'a nommé dans sa première assemblée constitutive. Il faut donc appliquer l'article 1992, alinéa premier, du Code civil : « Le mandataire répond non seulement du dol mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. » La portée de cette responsabilité sera alors le préjudice prévisible (article 1150 Code civil), ou, s'il y a eu dol, le préjudice immédiat et direct (article 1151 Code civil) ⁽²⁸⁾.

Non seulement l'action en dommages-intérêts sera une action « mandati », mais elle sera une action sociale. Le mandat donné par la société au commissaire est, en effet, un mandat social qui ne lie celui-ci qu'envers la collectivité des associés et qui ne peut, dès lors,

(28) Cf. à ce sujet H. Mazeaud : *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929, p. 648 et note 1.

engendrer contre lui qu'une action sociale dont la société, délibérant en conformité de ses statuts, est maîtresse soit pour l'exercer, soit pour transiger et décharger son mandataire de toute responsabilité.

En conséquence, cette action ne pourra être exercée par chaque associé individuellement dans la limite de son intérêt privé que quand la société omettra ou refusera d'user de son droit et que l'action sera ainsi restée entière.

Mais, si la société renonce, par une délibération conforme aux statuts, à l'exercice de cette action, celle-ci sera éteinte et les associés ne seront plus recevables à l'intenter.

La distinction de l'action sociale et de l'action individuelle ainsi précisée, remarquons que la jurisprudence est arrivée à écarter en partie l'application de l'article 1992, et à ne retenir la responsabilité contractuelle du commissaire aux apports qu'en cas de dol ou de fraude, sauf la réserve que nous ferons ci-après. Elle considère en effet le vote émis par la deuxième assemblée constitutive après la lecture du rapport, comme une ratification du mandat confié au commissaire rapporteur. « Attendu que les fautes ou omissions imputées à un mandataire peuvent ne pas engager sa responsabilité envers le mandant, lorsque celui-ci en a été avisé en temps utile pour qu'il dépendit de lui d'en prévenir les conséquences et que, ne l'ayant pas fait, il est réputé avoir acquiescé aux errements suivis pour la gestion de ses intérêts » ⁽²⁹⁾.

(29) Req., 3 janvier 1900. D., 1900, I, 290.

La Cour de Cassation entendait-elle, par cet arrêt, écarter d'une façon absolue toute idée de faute et ne retenir contre le commissaire que le cas de dol ou de fraude, par analogie avec l'article 4, avant-dernier paragraphe, de la loi du 24 juillet 1867 ?

Cet argument d'analogie avait été présenté par le Conseiller Cotelie dans son rapport : « L'évaluation des apports, une fois qu'il y a été procédé dans les formes prescrites par la loi, ne peut plus être remise en question qu'en cas de dol ou de fraude et cette règle ayant été appliquée dans vos arrêts non seulement aux actions qui tendaient à faire prononcer la nullité de la société, mais encore aux simples recours de responsabilité contre les apporteurs et les fondateurs, je ne vois guère de raisons pour que le commissaire vérificateur ne soit pas admis de même à en bénéficier » ⁽³⁰⁾.

Mais la Cour de Cassation n'a pas retenu expressément, dans son arrêt, l'argument qui lui était présenté. Aussi pensons-nous qu'il appartiendra toujours aux Tribunaux d'examiner en fait, d'après les circonstances, même en l'absence de dol ou de fraude, si la conduite du mandant implique la volonté certaine d'acquiescer aux actes du mandataire et de renoncer par la suite à toute action en dommages-intérêts.

§ III. — LA DÉCISION

DE LA DEUXIÈME ASSEMBLÉE CONSTITUTIVE

Le commissaire aux apports se borne à émettre un simple avis qui ne lie nullement l'assemblée des action-

(30) Req., 3 janvier 1900, précité. Dans le sens du rapport de M. le conseiller Cotelie, cf. Cour d'Angers, 19 mai 1891. D., 92, II, 81.

naires toujours maîtresse de refuser son approbation.

Mais il n'y a guère eu d'exemples, en pratique, d'assemblée n'ayant pas approuvé les apports et avantages proposés. « En tous cas, s'il y en eût, ils sont si rares que personne n'en a conservé le souvenir » ⁽³¹⁾. Si exceptionnellement cela s'est produit, les raisons du vote négatif de l'assemblée doivent être recherchées dans un fait étranger au système (manœuvres d'un actionnaire ; volonté arrêtée avant le début même de la procédure).

La question de la réduction, que les auteurs ont examinée avec tant de soin, semble s'être également très peu posée en pratique. Elle ne présente donc qu'un intérêt théorique.

La deuxième assemblée générale constitutive peut, en effet, prendre un parti intermédiaire entre l'approbation pure et simple et la non approbation. Les apporteurs en nature peuvent accepter de réduire la valeur attribuée par les statuts à leurs apports. L'assemblée générale peut-elle accepter cette réduction du capital social ?

Au point de vue juridique, la question ne souffre aucune difficulté si l'unanimité se rencontre. Mais la majorité pourra-t-elle lier la minorité ?

La doctrine répond à cette question par l'affirmative. Certains auteurs se réfèrent, pour appuyer cette solution, aux travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867 ⁽³²⁾. D'autres admettent que cette réduc-

(31) Chottin : thèse Nancy, 1922. *De la vérification des apports en nature*, p. 47.

(32) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 717. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 597.

tion du capital social est une véritable modification des statuts et qu'elle peut être décidée par une Assemblée générale délibérant dans les conditions de quorum et de majorité prévues par l'article unique de la loi du 1^{er} mai 1930 ⁽³³⁾. La société en formation peut prendre les mêmes mesures qu'une société déjà constituée ⁽³⁴⁾. Mais nous nous refusons à lui accorder ce droit, comme nous lui avons refusé le droit d'acquiescer ⁽³⁵⁾.

Au point de vue économique, cette solution encourt un reproche. La réduction du capital social peut avoir des répercussions fâcheuses sur la productivité de la société, lorsque l'apport en nature ne répond pas aux conditions de productivité exigées. Il serait préférable, à notre avis, que l'apporteur en nature effectue un complément d'apport pour rétablir l'équilibre un instant rompu entre la valeur de son apport et le montant des actions qui lui ont été attribuées.

Au système de la loi de 1867 il convient de rattacher deux mesures édictées par la loi du 1^{er} août 1893.

La première prohibe la négociation des actions d'apport pendant deux ans. Cette mesure avait un double but : empêcher les apporteurs de profiter eux-mêmes de leur fraude en leur interdisant la libre négociation de leurs actions pendant deux ans ; les soumettre à une responsabilité effective en édictant que les titres de ces actions ne pourraient être détachés de la souche et de-

(33) Art. 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867, et art. 34 modifié du Code de Commerce.

(34) Thaller et Percerou, *op. cit.*, n^{os} 541 et 542.

(35) Voir ce que nous avons dit plus haut au sujet de la vente à une société en formation.

meureraient ainsi entre les mains de la société pendant le même délai.

Mais l'un et l'autre but ne sont pas complètement atteints. Car, d'une part, la transmission de ces actions réalisée conformément à l'article 1690 du Code civil reste possible. Le cessionnaire d'actions d'apport sera subrogé dans les droits de l'apporteur. D'autre part, non seulement ces actions ne sont pas inaliénables, mais elles ne sont pas affectées à la garantie des créances éventuelles que la société pourrait acquérir contre les apporteurs ⁽³⁶⁾. Il en résulte que ces actions d'apport attachées à la souche pourront être valablement données en gage, dans les formes civiles, par leur propriétaire à un de ses créanciers et pourront faire l'objet d'une saisie-arrêt pratiquée par les créanciers de l'apporteur entre les mains de la société.

Il faut signaler, pour être complet, l'exception apportée à cette mesure par l'article 2 de la loi du 16 novembre 1903 (art. 3, 3^e alinéa de la loi du 24 juillet 1867).

« En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence. »

Le législateur semble convaincu que cette restric-

(36) Trib. Comm. Seine, 15 juillet 1899 (J. Trib. Comm., 1901, p. 122). Tant qu'un jugement de condamnation n'est pas intervenue, la société n'a aucun privilège.

tion à la négociation des actions d'apport est un moyen efficace de réprimer les fraudes puisqu'il a étendu cette mesure aux parts de fondateur par l'article 16 de la loi du 31 mars 1927.

La deuxième mesure édictée par la loi du 1^{er} août 1893 exige que les actions représentant des apports soient toujours intégralement libérées. Elle a eu pour effet de rendre plus rares les actions mixtes. Ces actions représentaient partie des apports en nature, partie des versements en numéraire. Elles n'étaient libérées que partiellement par la réalisation des apports en nature dont la valeur atteignait ordinairement le quart du montant total des actions. Avec un apport en nature d'une valeur de 200.000 francs, l'apporteur pouvait se faire remettre des actions mixtes pour une valeur nominale de 800.000 francs sans effectuer de versement en numéraire immédiat. Aujourd'hui cette combinaison n'a plus de raison d'être car, pour respecter les prescriptions de la loi, l'apporteur devra effectuer un versement en numéraire immédiat égal à la différence entre le montant de la valeur nominale totale de ses actions mixtes et celui de la valeur attribuée à son apport, soit dans notre exemple 600.000 francs. Il sera moins onéreux pour lui de recevoir des actions correspondant exactement à la valeur de son apport, soit 200.000 francs, et de souscrire 600.000 francs d'actions de numéraire, sur le montant desquelles il n'aura à verser que le quart, soit 150.000 francs.

Quoi qu'il en soit, ces deux mesures, si elles ont pu prévenir des abus, n'ont cependant pas une portée suffisante pour parer aux imperfections du système de la loi du 24 juillet 1867.

Le système demeure donc bien inefficace. Il existe cependant certaines pratiques qui ont pour but d'échapper aux formalités de vérification et d'approbation des apports et avantages. Nous avons signalé plus haut la pratique de l'apport indirect. Il en est une autre d'une portée beaucoup plus générale qu'on appelle la pratique de la constitution simultanée. Lorsque les fondateurs sont assurés du placement du capital social par les perspectives qu'offre l'entreprise, ils se constituent eux-mêmes souscripteurs des actions de numéraire. Tout se passe exactement dans les formes voulues par la loi, mais on écarte les indiscrets. La forme subsiste mais le fond a disparu. On fait ensuite appel au public. « Lorsqu'entrent dans la société les véritables actionnaires, preneurs de seconde main, amorcés par les syndicats d'émission, tout l'appareil scénique de la constitution a déjà cessé de jouer. Cet appareil s'est déroulé devant les fondateurs seuls qui ont dû bien rire des précautions que la loi prenait contre eux » ⁽³⁷⁾.

Le Code de Commerce allemand du 10 mai 1897, en prescrivant l'intervention des réviseurs (experts indépendants de la société) dans une constitution simultanée, a paré à l'inconvénient de cette pratique.

SECTION IV

La partie répressive du système

Le système préventif tel que l'avait conçu le législateur de 1867 s'est donc révélé, dans son application,

(37) Thaller : *De la réforme de la loi des sociétés par actions*. Revue Politique et Parlementaire, janvier 1903, p. 91.

impuissant à empêcher la majoration de la valeur des apports en nature et la trop grande multiplicité des avantages particuliers. Ce résultat est d'autant plus grave qu'il ne semble pas avoir été prévu. La partie répressive du système fait, en effet, presque entièrement défaut. L'approbation des apports et avantages, intervenue dans les formes prescrites par la loi, rend la société définitivement constituée. L'évaluation des apports est irrévocable et sauf rectification des erreurs matérielles (erreurs de compte par exemple), on ne pourra plus contester ultérieurement cette évaluation même si elle est manifestement exagérée. L'article 4 *in fine* de la loi du 24 juillet 1867 a cependant précisé que « l'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude ». Mais, le cas de dol ou de fraude excepté, l'approbation des apports est-elle toujours irrévocable ? Met-elle obstacle à l'action en garantie de la société contre l'apporteur ?

§ I. — DE LA GARANTIE DUE PAR L'ASSOCIÉ APPORTEUR A LA SOCIÉTÉ.

Aux termes de l'article 1845, alinéa 2 du Code civil, « lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur ». L'apporteur d'un corps certain est donc tenu à la garantie d'éviction vis-à-vis de la société, mais seulement si le trouble a une cause antérieure au contrat et si la société n'est pas en faute.

L'application du principe général de l'article 1845 du Code civil conduit logiquement à rendre l'apporteur responsable envers la société non seulement de l'éviction totale ou partielle mais aussi des vices cachés pouvant affecter la chose (art. 1641 du Code civil).

Cette action en garantie contre l'apporteur de corps certain est une action sociale, car c'est la société elle-même qui souffre de l'éviction et de la présence de vices cachés ; les actionnaires n'en souffrent qu'en leur qualité d'associés. Ils en souffrent tous au même degré.

La société, délibérant en conformité de ses statuts, est donc maîtresse, soit d'exercer cette action, soit d'y renoncer puisque ce dernier droit appartient à l'acheteur (art. 1627 du Code civil).

Mais un auteur a prétendu que, par l'approbation des apports, la société renonçait implicitement à toutes les actions en garantie qui lui appartenaient. « L'article 4 confirme à nouveau cette solution en déclarant que l'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude et cela, sans doute, en vertu du principe bien connu que les réparations de fautes délictuelles ne peuvent être écartées par la convention » ⁽³⁸⁾. Nous ne pensons pas que cette solution soit rigoureusement exacte.

Sans doute les parties peuvent convenir que l'apporteur de corps certain ne sera soumis à aucune garantie. Mais cette convention doit être expresse (art. 1626 et 1627 du Code civil). Il serait aussi inadmis-

(38) Wahl, note S., 1901, I, 323.

sible de soutenir que la société, par l'approbation des apports, renonce à son action en garantie, que de prétendre que l'acquéreur, par le seul fait qu'il paye son prix, renonce à cette même action. Certes les juges du fond devront rechercher l'intention des parties et auront un pouvoir souverain d'interprétation. Mais nous nous refusons à admettre que cette intention de renoncer à toutes les actions en garantie résulte du fait même de l'approbation pure et simple des apports.

Quels sont les effets de cette action en garantie ?

On admet généralement que l'apporteur, même en cas d'éviction totale, peut se soustraire à l'action en garantie en offrant une chose semblable à celle dont la société se trouve privée en fait ⁽³⁹⁾.

Mais si l'apporteur ne peut offrir ce dédommagement (l'éviction totale s'étant produite), la société a le droit de demander, conformément à l'article 1630 du Code civil, la résolution judiciaire de l'apport et l'allocation de dommages-intérêts.

L'opinion dominante considère cependant que l'éviction même totale, relativement à l'apporteur, n'est au fond qu'une éviction partielle par rapport à la société, privée par l'hypothèse de l'un seulement des apports dont l'ensemble devait constituer le capital social. Il vaut donc mieux appliquer, de toutes façons, que l'éviction soit totale ou partielle (relativement à l'apporteur), les articles 1636 et 1637 du Code civil relatifs à l'éviction partielle ⁽⁴⁰⁾.

(39) Houpin et Bosvieux, t. I, n° 70.

(40) Pic, t. I, n° 29. D. R. P. Société, n° 77. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 17. Bruxelles, 29 mai 1884 et 16 janvier 1885 (J. S., 1890, 66).

Si la société est en mesure de prouver que la chose dont elle a été évincée était sa véritable raison d'être, la résolution judiciaire de l'apport sera prononcée (art. 1636). Mais si cette preuve n'est pas rapportée, l'apporteur ne sera tenu que de rembourser la valeur de la chose ou de la partie de la chose dont la société se trouve évincée, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction (art. 1637).

Il convient également de rendre l'apporteur responsable envers la société des vices cachés pouvant affecter la chose. L'apporteur doit répondre soit de l'existence de servitudes passives non déclarées lors de la formation du pacte social, soit de la privation des servitudes actives sur lesquelles la société nouvelle croyait pouvoir compter. (Paris, 3 fév. 1910, *Gaz. Trib.* 1910-2-223). Jugé dans le même sens que les vices cachés peuvent consister dans des majorations importantes dont les apports auraient été l'objet et qui n'ont pu être reconnues par suite de difficultés matérielles s'opposant à leur vérification sur place (Trib. Com. Seine, 26 fév. 1907. D. P. 1908-5-30 et J. S. 1908, p. 67).

Aux termes de l'article 1644 du Code civil, la société a le choix, dans ce cas, de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.

La société peut donc, de toutes façons, soit demander la résolution judiciaire de l'apport, soit se faire rembourser une partie du prix.

Cette résolution judiciaire de l'apport entraîne-t-elle obligatoirement la nullité de la société ?

Ce remboursement de partie du prix peut s'effectuer sous forme de versement de dommages-intérêts. Mais peut-il s'effectuer sous forme de réduction des droits sociaux attribués à l'apporteur ?

Telles sont les deux questions qui peuvent se poser et que nous retrouverons dans notre dernier paragraphe.

L'assimilation entre le contrat de vente et le contrat de société est-elle parfaite ? Il existe deux dispositions propres au contrat de vente et dont le bénéfice ne peut être étendu au contrat de société. L'approbation des apports ne saurait être attaquée à raison de la majoration de plus des sept douzièmes de la valeur de l'apport ⁽⁴¹⁾. D'autre part nous considérons, bien que la question soit controversée, que tout déficit dans la contenance annoncée oblige l'apporteur à indemniser la société ⁽⁴²⁾.

§ II. — DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA MAJORATION FRAUDULEUSE DES APPORTS EN NATURE ⁽⁴³⁾.

L'approbation des apports est donc parfois révocable, sans qu'il soit nécessaire de prouver le dol ou la fraude. Mais cette action en garantie de la société

(41) Civ., 10 janvier 1881 (D., 81, I, 161). Req., 3 janvier 1900 (D., 1900, I, 289). Trib. com. Seine, 13 janvier 1908 (J. S., 1908, p. 510). *Sic. Pic.*, t. II, n° 945. D. R. P. Société, n° 2573. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 717. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 79.

(42) Lyon-Caen, t. II, n° 17, note 2. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 78. *Contra*, Pic, t. I, n° 31. D. R. P. Société, n° 80. Wahl, note S., 1901, I, 321.

(43) L'attribution frauduleuse d'un avantage particulier exagéré, bien que moins grave, serait sanctionnée de la même manière.

contre l'apporteur est un moyen dont l'application est assez limitée. Il faut qu'il s'agisse de l'apport d'un corps certain. De plus les juges du fond auront un pouvoir souverain d'interprétation pour examiner, en fait, d'après les circonstances, si la société a entendu renoncer à l'action en garantie. Enfin cette action ne sanctionne pas la majoration de la valeur de l'apport proprement dite, elle ne vise que deux cas particuliers inhérents à la chose (éviction et vices cachés).

Le moyen tiré du dol ou de la fraude est-il susceptible d'une application plus large ? Permet-il de sanctionner efficacement la majoration d'apport intervenue dans ces conditions ?

« En tant qu'il autorise la société à demander la réparation du dol, l'article 4 n'est que l'application du droit commun ; il ne déroge au droit commun qu'en ce qu'il interdit à la société de recourir en dehors du dol contre l'apporteur. Mais en ce qui concerne les modes de réparation, il est muet ; c'est encore au droit commun qu'il faut recourir sur ce point » (44).

Aux termes de l'article 1116 du Code civil, « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ». Par conséquent, en premier lieu, la société peut demander la nullité de l'apport entaché de dol. Il faudra, pour déterminer les conditions d'exercice et les effets de l'action en nullité ainsi conçue, se reporter à l'article 1116 du Code civil.

(44) Wahl, note J. S., 1911, p. 124.

Si le dol est une cause de nullité de la convention, il peut être également une source de dommages-intérêts. La société victime du dol pourra donc réclamer des dommages-intérêts à l'apporteur, auteur des manœuvres frauduleuses. Mais cette action en dommages-intérêts n'en demeurera pas moins contractuelle. Car il est contestable de prétendre que « le régime contractuel, régime de confiance, ne survit pas à la trahison de ceux qui l'ont établi » ⁽⁴⁵⁾. Quand les parties ont contracté, elles ont prévu le dol ou la fraude possible de la part d'un co-contractant. « Elles ont donc entendu que les règles du contrat continuent à s'appliquer en ce cas et non celles différentes de la responsabilité délictuelle » ⁽⁴⁶⁾. Pour déterminer les effets de l'action en dommages-intérêts, il faudra donc se reporter à l'article 1157 du Code civil.

Avant d'étudier successivement l'action en nullité de l'apport et l'action en dommages-intérêts, il convient de remarquer que ces deux actions sont sociales. Car « c'est la société elle-même qui a souffert le préjudice résultant des manœuvres frauduleuses ; les actionnaires n'en ont souffert que par contre-coup en leur qualité d'actionnaires ; ils en tous souffert au même degré » ⁽⁴⁷⁾. En conséquence la société sera maîtresse d'exercer ces actions. Chaque actionnaire aura également ce droit, dans la limite du préjudice subi. Mais si la société renonce, par une délibération conforme aux statuts, à l'exercice de ces actions,

(45) Jossierand, note D., 1927, I, 105.

(46) H. Mazeaud : *Responsabilité délictuelle et contractuelle*, article cité. Rev. trim. Dr. civ., 1929, p. 666.

(47) Wahl, note précitée, p. 128.

celles-ci seront éteintes et les associés ne seront plus recevables à les intenter.

Mais cette ratification ne sera pas opposable aux créanciers sociaux. Il faut appliquer ici le droit commun et leur donner non seulement le droit « d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits » (art. 1167 Code civil), mais encore leur permettre « d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne » (art. 1166 Code civil).

Mais ce n'est pas le seul moyen mis à la disposition des créanciers sociaux. L'apporteur sera également personnellement responsable vis-à-vis des créanciers qui auront traité avec la société ou des cessionnaires qui auront acquis leurs actions postérieurement à la constitution de la société. Mais cette responsabilité sera délictuelle ou quasi délictuelle. L'action en dommages-intérêts sera une action individuelle et basée sur l'article 1382 du Code civil.

Nous n'étudierons que les deux actions appartenant à la société.

A. — *Action en nullité de l'apport.*

a) *Conditions d'exercice.* — Le dol ne se présume pas et doit être prouvé. La définition du dol est ici des plus importantes. Comme le dit un auteur : « Les manœuvres dolosives, si elles laissent place, en matière contractuelle du pur droit civil, à une assez large interprétation des juges du fond, sont, en matière de société, susceptibles d'une interprétation plus large et plus étroite à la fois de la part des juges. Plus large,

car la société par actions ayant presque le caractère du contrat d'adhésion, tout au moins en ce qui concerne l'évaluation des apports en nature, il importe d'éviter que les contractants soient dans une situation inégale les uns par rapport aux autres ; plus étroite étant donné que la création d'une société commerciale (et surtout de la société par actions) peut avoir des répercussions considérables au point de vue économique et qu'il est de toute utilité d'éviter des troubles à ce sujet en admettant trop facilement la poursuite de l'action en nullité » ⁽⁴⁸⁾.

La jurisprudence fait intervenir la question de mauvaise foi comme condition préalable des manœuvres dolosives. « Ne peuvent être retenus comme constituant un fait précis de dol ou de fraude les renseignements prétendus inexacts fournis par l'apporteur quant à la valeur des divers éléments de ses apports (clientèle, procédé de fabrication) alors que l'apporteur s'est borné à indiquer un certain nombre de références dont les commissaires aux apports ont été en mesure de vérifier l'exactitude » ⁽⁴⁹⁾, ou encore « alors que les circulaires optimistes ne contiennent aucune promesse ni aucune garantie du chiffre d'affaires ou des bénéfices antérieurs et que la comptabilité a été mise à leur disposition » ⁽⁵⁰⁾. Des renseignements incomplets ou des allégations vagues ne peuvent donc suffire à constituer des manœuvres dolosives. Mais,

(48) Baudoin : *De l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée*. Ann. de Droit comm., avril-juin 1929, p. 173.

(49) Trib. comm. Lille, 3 déc. 1923 (J. S., 1926, p. 219).

(50) Seine, 13 janvier 1908 (J. S., 1908, p. 510).

par contre, on pourrait citer, comme exemple typique de manœuvres dolosives, les renseignements inexacts qui auraient été fournis grâce à des expertises ou à des bilans faux. La jurisprudence exige également que la preuve soit faite que le dol a été *déterminant*. Il faut, de plus, que le dol ait été commis par l'une des parties contractantes, c'est-à-dire, en l'espèce, par l'apporteur lui-même. Ce qui n'est, somme toute, que l'application du droit commun. On peut, en outre, assimiler au dol, conformément à l'article 1109 du Code civil, l'erreur sur la substance et, a fortiori, l'erreur sur la réalité même de l'apport.

b) *Effets de l'action*. — La nullité de l'apport va se traduire par une restitution de l'apport à l'apporteur et des actions d'apport à la société.

La seule question délicate est de savoir si l'annulation de l'apport entraîne obligatoirement la nullité de la société ⁽⁵¹⁾. La question est controversée en doctrine et en jurisprudence ⁽⁵²⁾. Nous pensons que la nullité de la société doit s'en suivre obligatoirement. La société a, en effet, le choix entre l'action en nullité et l'action en dommages-intérêts. Si l'apport n'est pas considéré comme essentiel à l'organisation sociale, si l'on estime que la société peut continuer, on intentera l'action en dommages-intérêts. Dans le cas contraire

(51) Si l'apport est réalisé à l'occasion d'une augmentation de capital, l'annulation de l'apport ne pourra entraîner que la nullité de cette augmentation.

(52) En faveur de la nullité obligatoire de la société : Civ., 10 nov. 1897 (D., 1899, I, 529). Paris, 3 février 1910 (J. S., 1911, p. 121). *Sic.* Pic, t. II, n° 946. D. R. P. Société, n° 2567. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 717, note I. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 599.

Contra, Aix, 23 juin 1904 (J. S., 1908, p. 316). Paris, 3 fév. 1910. J. S., 1911, p. 121 et note Wahl. Hémar, n° 200.

on optera pour l'action en nullité et la nullité de l'apport devra entraîner obligatoirement la nullité de la société. De plus si l'annulation de l'apport était seule prononcée, la nullité de la société résulterait du défaut de souscription intégrale du capital social.

B. — *Action en dommages-intérêts.*

L'exercice de l'action en nullité n'empêche pas la société de demander des dommages-intérêts. Mais cette action en dommages-intérêts peut être exercée isolément : elle est valable indépendamment de l'action en nullité ⁽⁵³⁾.

Cette action en dommages-intérêts peut, à plusieurs points de vue, être préférée à l'action en nullité.

Elle sera possible même si l'apporteur n'a commis qu'un dol incident. De plus cette action en dommages-intérêts se prescrit par trente ans alors que l'action en nullité se prescrit par dix ans (art. 1304 Code civil).

L'effet de l'action va consister dans le versement de dommages-intérêts déterminés d'après l'article 1151 du Code civil. Ces dommages-intérêts seront considérés comme de véritables suppléments d'apports en numéraire qui s'ajouteront aux apports en nature. Ils augmenteront l'actif social et compenseront le préjudice subi par la société. A ce point de vue, l'action en dommages-intérêts peut encore être préférée à l'action en nullité. Il se peut, en effet, que la chose apportée présentant une utilité considérable pour la société, celle-ci ait intérêt à la conserver. Un jugement prononçant la nullité l'obligerait à la restituer.

(53) Req., 13 février 1907. S., 1910, I, 138.

Mais ces dommages-intérêts peuvent-ils consister en une réduction des droits sociaux de l'apporteur auteur du dol ? La jurisprudence paraît favorable à ce point de vue et l'a consacré par un jugement (Trib. Com. Seine, 26 fév. 1907. *J. S.* 1908, p. 67) et un arrêt (Cour de Riom, 3 fév. 1910. *J. S.* 1911, p. 121). « Les sociétés qui ont reçu des apports dolosivement majorés ont le choix ou de rendre la chose apportée et de s'en faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire restituer l'excédent de sa valeur. » La société peut donc se faire restituer une partie des actions d'apport correspondant à l'excédent de la valeur véritable de l'apport.

La doctrine est en majorité opposée à cette façon de voir ⁽⁵⁴⁾. Il n'y a pas de place pour l'annulation partielle. La loi n'admet pas de milieu entre l'annulation totale et le maintien également total du contrat. De plus les dommages-intérêts ne peuvent consister que dans la prestation d'une somme d'argent. D'autre part, les tribunaux ne peuvent d'autorité réduire le capital social. La société peut, sans doute, si l'apporteur y consent, employer le montant des dommages-intérêts à réduire son capital social par voie de rachat des actions d'apport de l'apporteur, mais il y aura là une réduction de capital social acceptée par les parties et soumise aux formalités ordinaires.

Telles sont les conséquences civiles de la majoration frauduleuse des apports en nature. La loi n'a prévu aucune conséquence pénale spéciale.

(54) Pic, t. I, n° 946. D. R. P. Société, n° 2570. Wahl, note, *J. S.*, 1911, p. 126. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 599.

A vrai dire, le système de la loi de 1867 ne comporte pas de partie répressive puisque l'action de dol ou de fraude n'est qu'une application du droit commun.

De plus ce moyen tiré du dol ou de la fraude est limité dans son exercice et dans ses effets.

La responsabilité de l'apporteur est essentiellement subjective. Il est nécessaire de prouver la mauvaise foi, l'intention de nuire qui caractérise le délit civil. Le système de la loi de 1867 n'a même pas retenu le quasi délit, la simple faute dommageable, comme source de responsabilité, conformément au droit commun.

De plus cette responsabilité ne sera guère effective puisque l'auteur du dol seul répondra des condamnations prononcées.

Il ne faut donc pas rechercher dans cette partie répressive le moyen d'atténuer les imperfections du système préventif.

Pour que le système répressif puisse avoir une efficacité certaine, il faut que la responsabilité soit objective et puisse résulter du seul fait de la majoration de la valeur des apports en nature ; il faut ensuite que cette responsabilité soit effective et puisse être commune à plusieurs associés pour parer à l'insolvabilité de l'un quelconque des débiteurs.

A ces deux conditions, le système répressif pourra doubler efficacement le système préventif. Il pourra même le rendre inutile et subsister seul. C'est la solution qu'a consacrée la loi du 7 mars 1925 dans les sociétés à responsabilité limitée.

CHAPITRE II

Le système répressif consacré par la loi du 7 mars 1925 dans les sociétés à responsabilité limitée

La loi du 7 mars 1925 a organisé une double répression de la majoration des apports en nature : l'une, de caractère civil, de beaucoup la plus importante, contenue en son article 8, alinéas 1 et 2 : « Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature. »

« L'action judiciaire résultant des dispositions de l'alinéa précédent se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société. »

L'autre, d'ordre pénal, contenue en son article 38 : « Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie, ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait

attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

Avant d'étudier les conséquences civiles et pénales de la majoration des apports en nature, il convient tout d'abord de mettre en lumière les raisons qui ont conduit le législateur à consacrer une solution originale qui n'est admise dans aucune autre forme de société.

SECTION I

Origines du système

Le problème de l'évaluation des apports en nature se posait d'une façon différente dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions. Ce problème comporte, comme nous l'avons vu, la résolution de deux conflits d'intérêts : l'un entre les associés et les créanciers sociaux, l'autre entre les apporteurs en nature et les souscripteurs de numéraire. Or, il s'est trouvé que, par suite de la différence de nature des deux sociétés, le conflit d'intérêts entre les associés et les créanciers sociaux est apparu prédominant dans les sociétés à responsabilité limitée, alors que le conflit entre les apporteurs en nature et les souscripteurs de numéraire était apparu beaucoup plus aigu dans les sociétés par actions. A un mal différent, il fallait un remède différent.

Il était à craindre, en effet, dans les sociétés par actions, que les apporteurs de numéraire, se recrutant par souscriptions publiques, fussent en état d'infériorité

rité manifeste pour défendre leurs intérêts contre les apporteurs en nature, qui sont, en même temps et le plus souvent, fondateurs de la société. Aussi le législateur de 1867 avait-il institué la procédure de vérification et d'approbation préalable que nous avons étudiée et remis le contrôle entre les mains des intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire des actionnaires non apporteurs.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, au contraire, le conflit d'intérêts qui avait retenu l'attention du législateur de 1867 ne parut pas devoir présenter la même importance. Il était moins à redouter, en raison de l'*intuitus personae* « des relations personnelles qui existent entre les futurs membres de la société à responsabilité limitée, appartenant à la même famille ou unis entre eux par les liens d'une sympathie et d'une confiance réciproques... que les apporteurs de numéraire fussent les victimes des apporteurs de biens en nature » ⁽¹⁾. Par contre, le conflit d'intérêts entre les associés et les créanciers sociaux apparut ici beaucoup plus grave ; il était à craindre en effet que les associés ne se missent d'accord pour majorer respectivement leurs apports en nature de façon à donner à la nouvelle société une plus grande « surface », et lui permettre de trouver, ainsi, plus facilement des capitaux, le cas échéant.

Il fallait donc trouver un système susceptible de protéger efficacement les créanciers sociaux contre la lésion qui résulterait pour eux de la majoration des

(1) H. Desbois : *Les apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée*. Revue critique de Législation et de Jurisprudence, mai-juin 1929, p. 302.

apports en nature. Or, non seulement le système de la loi de 1867 n'avait pas été conçu dans ce but, mais il s'était révélé, au contact de la pratique, parfaitement inefficace. Le contrôle confié aux intéressés aurait pu, en effet, assurer à la fois la protection des intéressés eux-mêmes et, dans une certaine mesure, la protection des créanciers sociaux. Mais ce contrôle était tombé entre les mains de ceux qui y étaient assujettis et avait perdu par là toute son efficacité.

En dépit du conflit d'intérêts signalé entre les associés et les créanciers sociaux, le projet de loi déposé par le Gouvernement, le 16 mars 1920, se bornait à prescrire aux associés d'évaluer, dans l'acte de société, le montant des apports en nature (art. 8) et à punir de peines correctionnelles les personnes qui se rendaient coupables de majoration d'apports (art. 38).

Ces dispositions parurent insuffisantes à certains groupements de commerçants et d'industriels, notamment à la Chambre de Commerce de Strasbourg, qui émit le vœu de recourir à l'intervention des réviseurs ⁽²⁾. Nous aurons l'occasion, à la fin de cette étude, d'examiner d'une façon générale si cette institution des réviseurs du droit allemand doit être introduite dans notre législation française. Qu'il nous suffise de dire, pour l'instant, que cette institution est un système préventif, analogue au système de la loi de 1867, avec ceci de particulier et d'original que le contrôle, au lieu d'être confié aux intéressés, est confié à des experts indépendants de la société, nommés par

(2) Cf. Avis de cette Chambre. J. S., 1920, p. 386.

les Chambres de Commerce. Ce système, applicable aux sociétés par actions, avait fonctionné en Alsace-Lorraine où il avait donné de bons résultats. Mais il est vrai que les sociétés « mit beschränkter Haftung » n'étaient pas obligatoirement soumises au contrôle des réviseurs ⁽³⁾. On avait jugé sans doute que cette intervention d'experts étrangers à la société était de nature à enlever aux sociétés à responsabilité limitée leur caractère familial qui constitue leur trait le plus original. L'article 42 de la loi de 1892 se borne à exiger que les apports et biens qui doivent servir à la société (apports en nature) ne soient pas inscrits dans les statuts pour une valeur supérieure à celle de leur prix d'achat ou de revient ; cette estimation ne donne lieu à aucun contrôle et si l'évaluation est exagérée, cela n'entraîne aucune sanction autre que celles qui résultent du droit commun ⁽⁴⁾.

C'est pour une raison analogue que la suggestion de la Chambre de Commerce de Strasbourg, qui n'avait pas été retenue par la Société d'études législatives ⁽⁵⁾, fut également repoussée par la Commission du Commerce et de l'Industrie de la Chambre des Députés. Dans son rapport à la Chambre (J. O. 19 avril 1922, Doc. parl., Ch., 1921, annexe 3349, p. 146), M. Manceau s'exprimait ainsi : « Dans les sociétés à responsabilité limitée qui, par leur nature même, sont destinées à rester petites, l'intervention des personnes étran-

(3) Il s'agit des sociétés à responsabilité du droit allemand créées par la loi du 29 avril 1892.

(4) Bourcart : *La société à responsabilité limitée* (Ann. Droit comm., 1925, p. 224). Baudoin, *art. cit.* (Ann. Droit comm., avril-juin 1929, p. 180).

(5) Séance du 29 avril 1921. Bulletin, 1921, p. 72.

gères enlèverait le caractère d'intimité qu'elles doivent avoir. »

L'intervention des réviseurs écartée comme trop indiscreète, le système de la loi de 1867 considéré comme inefficace, il fallait construire un système nouveau. La Commission du Commerce et de l'Industrie de la Chambre des Députés adopta un système purement répressif, en ce sens qu'aucune mesure de vérification préalable n'était prévue et qui visait essentiellement à assurer la protection des futurs créanciers de la société, en imposant aux associés une responsabilité solidaire vis-à-vis de ces derniers (^{5 bis}). Non seulement aucune mesure de protection n'était prévue en faveur des apporteurs de numéraire, mais ces derniers étaient responsables vis-à-vis des tiers au même titre que les apporteurs en nature. Ce fut le système consacré par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925. A cette répression de caractère civil s'ajoutait une répression pénale d'ordre secondaire que nous avons indiquée (art. 38).

SECTION II

Conséquences civiles

de la majoration des apports en nature

Il est curieux de constater que l'adoption de cet article 8 ne donna lieu, soit devant la Société d'Etudes

(^{5 bis}) Il est impossible d'admettre comme le fait Ch. Defrenois (Traité formulaire des sociétés à responsabilité limitée, n° 39) que cette responsabilité solidaire n'existe pas dans les sociétés où tous les associés font un apport en nature. Une exception de ce genre est spéciale, comme nous l'avons vu, aux sociétés par actions.

législatives, soit au Parlement, à aucune discussion tant sur la nature juridique de la responsabilité ainsi imposée aux associés que sur ses conséquences pratiques. Une seule observation fut présentée par M. Paulet à la séance de la Société d'Etudes législatives du 27 mai 1921 : « Je trouverais, pour ma part, bien imprudent d'entrer dans une société ainsi organisée et je ne conçois pas aisément qu'elle puisse rallier des concours importants » (6).

Dans son rapport à la Chambre (7), M. Manceau s'était exprimé comme suit : « Ainsi elle (la Commission) vous propose de rendre les associés solidaires de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société à ces apports en nature et de prescrire cette action en responsabilité, limitée à dix ans, à partir de la constitution de la société. » L'article 8 avait été adopté sans discussion (8).

Au Sénat, M. Chapsal, rapporteur, avait ajouté : « Les associés sont solidairement responsables de cette évaluation afin d'éviter ces exagérations d'appréciation que l'on rencontre trop fréquemment dans d'autres sociétés », et l'article 8 avait été également adopté sans discussion (9).

Dès la promulgation de la loi, l'article 8 a suscité les plus vives critiques, on s'est effrayé des conséquences pratiques que pouvait entraîner le système et l'on n'a proposé rien de moins que la suppression de la dispo-

(6) Bulletin, 1921, p. 102.

(7) J. O., 19 avril 1922. Doc. parl. Ch., 1921. Annexe, n° 3349, p. 146.

(8) J. O., 11 juillet 1923. Déb. parl. Ch., p. 3328.

(9) J. O., 18 février 1925. Déb. parl. Sénat, p. 118 et 122.

sition de l'article 8 ou tout au moins la modification de sa teneur.

Mais il faut bien reconnaître que si cet article a suscité d'aussi vives critiques, c'est que l'on a éprouvé quelques difficultés à dégager le principe juridique sur lequel il repose et à déterminer les conséquences pratiques qu'il est susceptible d'entraîner. Il convient donc de préciser le fondement de la responsabilité ainsi imposée aux associés et d'en déterminer la portée exacte. Ceci fait, il sera plus facile d'examiner les critiques adressées au régime et de porter un jugement de valeur mieux fondé en droit comme en fait.

La responsabilité de l'article 8 peut avoir trois sources différentes : elle peut résulter d'une faute commise dans l'exécution de la convention, c'est-à-dire d'une faute contractuelle ; elle peut résulter d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle ; enfin elle peut découler d'une obligation imposée par la loi elle-même, être la sanction de cette obligation. Les trois fondements de cette responsabilité ont été soutenus tour à tour. Remarquons tout d'abord que le fondement contractuel soutenu par un auteur ⁽¹⁰⁾ nous paraît inadmissible. A aucun moment les associés ne sont liés par contrat envers les créanciers sociaux. Les premiers ne sont pas personnellement débiteurs des créanciers, mais de la société, et les créanciers ne connaissent pour débitrice contractuelle que la société à responsabilité limitée ⁽¹¹⁾.

(10) Piot : *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée* (1926), n° 10 (extrait Journal des Notaires et des Avocats, 1925).

(11) P. Courtois : *Des apports dans les sociétés à responsabilité limitée*. Thèse Paris, 1930, p. 92.

Il conviendrait maintenant, pour être logique, de choisir entre le fondement délictuel ou quasi délictuel et le fondement légal de la responsabilité de l'article 8. Mais cette méthode ne va pas sans difficultés. Un principe acceptable théoriquement est souvent inadmissible par ses conséquences pratiques. Aussi examinerons-nous d'abord dans deux paragraphes distincts chaque principe avec ses conséquences. Il nous sera ensuite possible de nous prononcer en droit et en fait sur la valeur de l'un et l'autre système et d'examiner les critiques adressées au régime en général.

§ I. — LE FONDEMENT DÉLICTUEL OU QUASI DÉLICTUEL
DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ARTICLE 8.

La plupart des auteurs qui ont analysé l'article 8 admettent que la responsabilité solidaire des associés vis-à-vis des tiers lésés par la majoration des apports est de nature délictuelle ou quasi délictuelle. Elle trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ⁽¹²⁾. Les associés ont commis une faute commune en attribuant, au moment de la constitution de la société, une valeur exagérée aux apports en nature. Cette faute est ainsi consommée dès la constitution de la société, à une époque où il n'existe aucun lien contractuel entre la société et ses futurs créanciers ⁽¹³⁾. Elle va consister, de la part des apporteurs en nature, en une fraude (délict), ou une négligence (quasi délict), de la part des souscripteurs en numéraire

(12) Pic et Baratin : *Des sociétés à responsabilité limitée*. N° 231 (2^e édition 1929. Librairie des Juris-classeurs, Paris). Drouets, *op. cit.*, n° 144.

(13) Nous verrons plus loin ce qu'il importe de décider en cas d'augmentation de capital comportant des apports en nature.

en une complicité de fraude ou une faute de négligence partagée ⁽¹⁴⁾.

Cette faute délictuelle ou quasi délictuelle entraîne la responsabilité solidaire des associés. Cette responsabilité ne sera encourue que plus tard, à l'époque où les créanciers sociaux s'apercevront de la majoration et feront état du préjudice qui leur est porté, pratiquement lorsque la société tombera en faillite ou en liquidation judiciaire. Mais, contrairement au droit commun, les créanciers sociaux n'auront pas à faire la preuve de la fraude ou de la négligence. La construction que nous étudions prend ici un tour original. Selon les auteurs qui l'ont établie, le législateur de 1925 a, en effet, institué une présomption de faute. « Une présomption légale de faute délictuelle pèse sur les associés du fait qu'ils n'ont pas suffisamment contrôlé la régularité de la constitution de la société ou l'évaluation donnée aux apports en nature de leurs co-associés » ⁽¹⁵⁾.

Le fondement délictuel ou quasi délictuel de la responsabilité de l'article 8, ainsi précisé, va nous permettre de déterminer quels sont les associés responsables et de préciser la portée de cette responsabilité, comme ses conditions d'exercice.

A. — *Associés responsables.*

Il est logique de n'imposer cette responsabilité qu'aux associés présumés en faute. Seuls les associés

(14) Les manœuvres frauduleuses peuvent entraîner — outre la répression civile — une répression pénale dans des conditions que nous déterminerons.

(15) Lepargneur : *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, N° 9, p. 22 (Paris, 1925. Extrait du « Journal des Sociétés », mai et juin 1925).

originaires pourront donc être poursuivis, mais ils pourront l'être tous indistinctement, puisqu'ils interviennent tous à l'acte constitutif de société (art. 4, alinéa 3, de la loi du 7 mars 1925). « Aucune responsabilité ne pèse au contraire sur les personnes qui sont entrées dans la société postérieurement à sa constitution par voie d'acquisition de parts sociales ou à l'occasion d'une augmentation de capital. Il serait contraire à l'équité et au bon sens de reprocher à ces dernières un contrôle insuffisant de l'évaluation donnée aux apports en nature dans l'acte constitutif de société » (16). Il est une autre conséquence importante du principe qui fait reposer la responsabilité des associés sur une présomption de faute. L'associé originaire qui cède la totalité de ses parts sociales n'est pas libéré, par le fait même, de la responsabilité qui pèse sur lui en vertu de l'article 8. Il n'appartient pas, en effet, à un associé de se libérer vis-à-vis des tiers des conséquences de sa faute par un acte volontaire. D'autre part, cette solution se justifie également par une considération d'ordre pratique. Si le cessionnaire n'est pas responsable, et il faut l'admettre avec ce système, l'associé originaire doit conserver cette responsabilité, car, sans cela, on pourrait aboutir à éviter totalement l'effet de la disposition de l'article 8.

Que décider en cas d'augmentation de capital comportant l'apport de biens en nature ? Il faut appliquer ici, malgré les termes employés par le législateur, la disposition de l'article 8. « Il importe, en effet, que les

(16) Drouets : *op. cit.*, n° 142. Dans le même sens Pic et Baratin : *op. cit.*, n° 231.

associés ne puissent pas se soustraire à son application en s'abstenant de comprendre dans l'acte constitutif de la société les apports en nature qu'ils veulent réaliser, pour faire de leur transmission l'objet d'une augmentation ultérieure de capital » (17). Mais à la différence de ce qui se produit lors de la constitution de la société, le concours de tous les associés n'est pas indispensable pour la réalisation de l'augmentation de capital social. Aux termes de l'article 31 de la loi du 7 mars 1925, la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social peut décider toutes modifications dans les statuts autres que le changement de la nationalité de la société, pour laquelle l'unanimité est requise.

Il importe de préciser la procédure à suivre pour la réalisation de cette augmentation de capital social. On peut distinguer dans cette procédure deux phases. Dans une première phase, les associés anciens décident, aux conditions de majorité de l'article 31, l'augmentation de capital, en fixent les modalités et donnent tous pouvoirs nécessaires aux gérants.

Si l'augmentation de capital comprend l'apport de biens en nature, l'acte dressé par les gérants doit contenir, conformément à l'article 8, leur évaluation. Dans une seconde phase, les associés anciens et nouveaux constatent, aux conditions de majorité de l'article 31, la réalisation de l'augmentation de capital et approuvent notamment l'évaluation des apports en nature, s'il y a lieu. Mais s'il est logique d'imposer la

(17) Drouets : *op. cit.*, n° 402. Sic Pic et Baratin : *op. cit.*, n° 373.

responsabilité de l'article 8 aux associés anciens et nouveaux qui ont concouru à la délibération ratifiant l'opération, « il semble, par contre, équitable de ne pas appliquer cette sanction rigoureuse aux associés qui se sont abstenus ou qui ont voté contre les propositions ayant pour objet l'approbation des évaluations données aux apports en nature compris dans l'augmentation de capital » ⁽¹⁸⁾. Ainsi donc, non seulement les anciens associés, mais même, fait assez curieux, les associés nouveaux, non apporteurs en nature, ne seraient pas tous nécessairement responsables de l'évaluation donnée aux apports en nature contemporains de l'augmentation de capital. A cet égard, les souscripteurs d'une augmentation de capital seraient mieux traités que les associés originaires, puisque ces derniers doivent tous intervenir à l'acte constitutif de société et prendre ainsi leur part de responsabilité.

La solution qui affranchit les associés n'ayant pas approuvé l'augmentation de capital, de toute responsabilité relative à l'évaluation des apports en nature contemporains de l'augmentation, s'impose logiquement avec le système qui fait reposer la responsabilité de l'article 8 sur une présomption de faute délictuelle ou quasi délictuelle. Mais cette solution résulte également, à notre avis, d'une considération indépendante de la nature juridique de la responsabilité ainsi envisagée. Aux termes de l'article 31, *in fine*, de la loi du 7 mars 1925, « dans aucun cas la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale ».

(18) Drouets, *op. cit.*, n° 402.

La formule de ce texte est certainement plus précise que celle employée par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 22 novembre 1913, laquelle vise d'une façon générale « l'augmentation des engagements des actionnaires ». Mais nous pensons que le sens des deux lois est cependant le même. Le législateur a voulu substituer à une formule un peu équivoque un texte plus clair ⁽¹⁹⁾. Toute opération, quelle qu'elle soit, qui doit avoir pour résultat direct ou indirect d'imposer aux associés des obligations plus lourdes que celles assumées par eux à l'origine, sous peine de perdre tout ou partie de leurs droits, ne peut être décidée valablement que d'un commun accord entre les intéressés. Or, il nous semble que la responsabilité imposée aux associés par l'article 8 est de nature à augmenter leurs obligations originaires. Si donc on voulait imposer cette responsabilité aux associés n'ayant pas approuvé l'augmentation de capital, il faudrait décider, conformément à l'article 31 *in fine*, que toute augmentation de capital comportant des apports en nature nécessite le concours de l'unanimité des associés ⁽²⁰⁾.

Il est enfin une dernière conséquence qui découle logiquement du principe de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, mais qui ne semble pas avoir été précisée d'une façon suffisante par les auteurs qui ont admis ce principe. Le mineur non émancipé, l'in-

(19) Lepargneur, *op. cit.*, p. 66, note 1. Bosvieux : *Augmentation du capital des S. R. L.*, J. S., 1926, p. 321. Contre cette interprétation, Pic et Bératin, *op. cit.*, n° 331.

(20) Contra Desbois, *art. cit.*, p. 315.

terdit ⁽²¹⁾, en admettant qu'ils puissent devenir associés, ne seront pas responsables de la valeur attribuée aux apports en nature puisqu'aucune faute ne saurait leur être reprochée. Ils ne participent pas, en effet, à la constitution de la société, ce sont leurs représentants légaux qui agissent pour eux et en leur nom. Dès lors, il est logique que la responsabilité de l'article 8 incombe à ces derniers, puisque c'est eux que frappe la présomption de faute délictuelle ou quasi délictuelle. Le tuteur dont le pupille a souscrit des parts d'une société à responsabilité limitée est donc responsable, au même titre qu'un associé ordinaire. Cette solution est du reste conforme à la jurisprudence qui admet que le tuteur peut être responsable envers les tiers, s'il leur a occasionné un préjudice par sa faute dans l'exercice de sa gestion ⁽²²⁾. Il serait toutefois possible d'atténuer la rigueur que cette solution comporte à l'égard du tuteur en admettant, suivant un arrêt de la Cour de Bastia du 23 janvier 1855 (D. 55-2-149) que les quasi délits commis par le tuteur dans sa gestion peuvent engager la responsabilité du mineur devenu majeur, mais dans la mesure seulement où ils lui ont profité. Ce qui serait certainement le cas, puisque, comme nous le verrons plus loin, le mineur non émancipé, l'interdit, pourront retirer, comme tous associés, un bénéfice de la majoration des apports en nature.

Nous allons étudier les répercussions que cette solution entraîne sur le caractère de la souscription par le tuteur du mineur non émancipé ou de l'interdit,

(21) L'article 509 C. Civ. assimile ce dernier au mineur non émancipé pour sa personne et ses biens.

(22) Civ., 5 juillet 1847 (D. 48, I, 149).

d'une part de société à responsabilité limitée et partant sur la capacité requise pour l'accomplissement d'un tel acte.

La souscription d'une part sociale se rapproche tout aussi bien de la souscription d'une part de commandite dans une société en commandite simple que de la souscription d'action d'une société par actions.

Par application de l'adage « Accessorium sequitur principale », la souscription d'action ou d'une part de commandite d'une société commerciale apparaît, à la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine, comme un acte de commerce ⁽²³⁾.

Mais ce principe est tempéré par une distinction. Si l'action ou la part de commandite ne doit pas être immédiatement libérée en totalité, l'obligation pour l'associé de verser sa mise apparaît comme commerciale. Il faut, pour souscrire, avoir la capacité exigée par la loi pour accomplir un acte de commerce isolé.

Si, au contraire, l'action ou la part de commandite doit être immédiatement et intégralement libérée, la souscription ne constitue qu'un simple emploi de fonds, elle présente les caractères d'un acte d'administration. La capacité de faire des actes de commerce n'est plus nécessaire ⁽²⁴⁾.

(23) Req., 25 oct. 1899 (D., 1899, I, 560; S., 1900, I, 65 et note Lyon-Caen). Civ., 7 nov. 1899 (S., 1901, I, 513, note Wahl). Toulouse, 26 mai 1903 (J. S., 1904, p. 56). *Sic* Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 470; Houpin et Bosvieux, t. I, n° 270. Contra Paris, 24 janvier 1874 (S., 76, II, 5). Bordeaux, 22 mars 1893 (D., 1893, II, 528). Pic, t. I, n° 382. Dall., Rep. prat. Société n° 1.475.

(24) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 76 : *La capacité de faire des actes de commerce n'est « assurément pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une personne qui verse immédiatement sa mise ou qui achète des actions sans intention de les revendre. »* Pic, t. I, n° 383. Dall., Rep. Prat., Société n° 2399.

Or, que se passe-t-il lorsque le tuteur souscrit une part de société à responsabilité limitée pour le compte de son pupille ? La part sociale est immédiatement et intégralement libérée. La responsabilité de l'article 8 n'incombe pas, comme nous l'avons admis, au pupille qui n'assume ainsi aucune obligation. Nous nous trouvons donc dans le cas particulier de libération immédiate où la capacité de faire des actes de commerce n'est pas nécessaire. Le tuteur peut donc avec ce système souscrire sans difficulté des parts de société à responsabilité limitée pour le compte de son pupille ⁽²⁵⁾.

Il peut souscrire seul, s'il s'agit pour lui de faire un emploi de revenus, conformément à l'article 455 du Code civil. Mais si les fonds à employer ont le caractère de capitaux, le tuteur agira plus sûrement en se conformant à la loi du 27 février 1880, article 6, c'est-à-dire en demandant l'autorisation du Conseil de famille et, en outre, l'homologation du Tribunal civil, lorsque le montant de l'apport du mineur excèdera la somme de 1.500 francs.

Si le père est administrateur légal des biens de ses enfants mineurs non émancipés, il peut, aux termes de l'article 389, alinéa 6, accomplir seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le Conseil de famille et avec l'autorisation du Tribunal les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation. D'autre part, d'après l'alinéa 7 du même article, « il est tenu de faire en bon administrateur, emploi des capitaux appartenant à l'enfant lorsqu'ils s'élèvent à

(25) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 133.

plus de 1.500 francs ». Il suit de là que le père peut de toutes façons souscrire seul et sans autorisation, des parts sociales pour le compte de son pupille ⁽²⁶⁾.

Quant à l'interdit, l'article 509 du Code civil l'assimile au mineur pour sa personne et pour ses biens.

Les conditions de capacité que nous venons de dégager ne s'appliquent qu'au cas où la responsabilité de l'article 8 n'incombe pas au mineur non émancipé ou à l'interdit. S'il en était autrement, il faudrait exiger, à notre avis, des conditions de capacité beaucoup plus rigoureuses. Ces conditions seront, de toutes façons, requises, chez les autres incapables à qui incombe toujours la responsabilité de l'article 8, c'est-à-dire le mineur émancipé, le prodigue ou faible d'esprit et la femme mariée puisqu'ils interviennent tous personnellement à la constitution de la société ⁽²⁷⁾.

B. — *Portée de la responsabilité.*

Sur ce point, la loi se contente de dire en termes vagues que les associés sont responsables de la valeur attribuée aux apports en nature.

Il est certain tout d'abord que les associés responsables seront tenus de la différence entre la valeur d'estimation portée dans l'acte de société et la valeur réelle des biens apportés, envisagée à l'époque de la constitution de la société (ou de l'augmentation de capital). Mais le principe de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle conduit logiquement à étendre la portée de cette responsabilité d'une façon excessive et

(26) Drouets, *op. cit.*, n° 82.

(27) Ces conditions de capacité seront précisées plus loin.

dangereuse. Il n'y a pas lieu en effet d'appliquer, en matière de faute délictuelle ou quasi-délictuelle, les règles des articles 1150 et 1151 du Code civil, qui limitent l'indemnité due par le débiteur au dommage qui a été prévu ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ou, s'il y a eu dol, à « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » ⁽²⁸⁾.

Certains auteurs en ont conclu que les associés responsables seraient tenus non seulement du préjudice imprévisible, mais même de tout le préjudice indirect ⁽²⁹⁾. Il suffira aux créanciers de prouver qu'il existe une relation de cause à effet entre la majoration et le préjudice subi. « Le syndic n'aura pas seulement le droit de réclamer à tous les associés d'origine solidairement (même aux apporteurs d'argent) la différence entre l'évaluation et la valeur effective, mais aussi, semble-t-il, en établissant que le mauvais état des affaires sociales a sa cause première dans la majoration de l'apport, le droit de leur réclamer à tous solidairement le paiement du passif non éteint » ⁽³⁰⁾.

Mais telle n'est pas l'opinion des auteurs qui estiment que la responsabilité délictuelle doit avoir pour limite, comme la responsabilité contractuelle, le préjudice direct ⁽³¹⁾. « En réalité, il n'y a pas d'actions basées sur l'article 1382 dans lesquelles le dommage in-

(28) Planiol : *Traité élém. de Droit Civil*, 10^e édit., par Ripert, t. II, n° 896, 897. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Oblig.*, 3^e édit., t. IV, n° 2.879. Req., 14 déc. 1926 (S., 1927, I, 105, note Esmein. D., 1927, I, 105, note Josserand).

(29) Drouets, *op. cit.*, n° 144.

(30) Percerou : *Les Sociétés à responsabilité limitée* (Ann. Droit Comm., 1925, p. 94).

(31) H. Mazeaud : *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Revue trim. de droit civil*, 1929, p. 648, note 1.

direct est indéfiniment réparé, car il faut nécessairement un lien de causalité entre la faute et ce dommage. Donc la condamnation ne sera pas une condamnation à réparer, soit le préjudice même indirect, mais seulement celui qui a consisté dans la majoration de la valeur de l'apport » ⁽³²⁾.

D'autre part, la preuve de cause à effet entre la majoration et le mauvais état des affaires sociales sera assez difficile à apporter. Pratiquement la faillite ou la liquidation judiciaire sera due à un ensemble de circonstances: il y aura partage de responsabilité.

Même en limitant la responsabilité de l'article 8 au préjudice direct, il n'en demeure pas moins vrai que la menace qui pèse sur les associés est très grave. Elle est à l'origine des critiques adressées au législateur de 1925. Elle en détermine la gravité. L'obligation d'acquitter les dettes sociales qui peut être imposée aux associés transforme leur responsabilité limitée en une « responsabilité conditionnelle illimitée ».

Nous ne pensons pas cependant que cette obligation éventuelle assumée ainsi par les associés soit de nature à faire attribuer aux associés gérants la qualité de commerçant. La responsabilité même illimitée d'un associé pour toutes les dettes sociales ne suffit pas à elle seule pour lui attribuer nécessairement la qualité de commerçant. Il faut en outre rechercher, s'il accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle. Or le gérant n'agit pas pour son compte, mais pour le compte de la société à responsabilité limitée; il n'est que le mandataire de la société qu'il

(32) Ripert : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1927, p. 300.

gère. La qualité de commerçant ne saurait lui être reconnue ⁽³³⁾.

C. — *Conditions d'exercice de l'action
en responsabilité.*

Devant la rigueur de la solution admise en ce qui concerne la portée de la responsabilité, les auteurs qui soutiennent ce système ont essayé de limiter l'exercice de l'action en responsabilité. La présomption de faute qui pèse sur les associés ne leur paraît pas absolue; elle est susceptible de preuve contraire. Les associés pourront, en prouvant qu'ils n'ont commis aucune fraude ni aucune négligence, échapper à la responsabilité de l'article 8. « Il est à prévoir que sous peine de décourager tous ceux qui projettent de constituer une société à responsabilité limitée comportant un apport de biens en nature, les juges seront amenés à tempérer l'application de la loi dans l'hypothèse où les associés rapporteront la preuve de leur bonne foi » ⁽³⁴⁾. Pour faciliter cette preuve, ces mêmes auteurs recommandent aux associés de recourir à des expertises préalables à la constitution de la société, confiées à des techniciens d'une compétence indiscutable. « Les associés pourraient même, copiant la procédure instituée par la loi du 24 juillet 1867, nommer un commissaire avec mission spéciale de rechercher la valeur des biens apportés à la société et de faire un rapport sur l'évaluation proposée par les associés » ⁽³⁵⁾. Le système pré-

(33) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 131 et s. Drouets, *op. cit.*, n° 77. Lepargneur, *op. cit.*, n° 9. Piot, *op. cit.*, n° 6 bis. Hemard, *op. cit.*, n° 109.

(34) Drouets, *op. cit.*, n° 142. Sic Lepargneur, *op. cit.*, n° 19.

(35) Drouets, *op. cit.*, n° 147. Sic Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 177.

ventif est donc présenté comme un remède facultatif à la trop grande rigueur du système répressif. Il n'est pas douteux pour ces auteurs que le fait de recourir à la vérification préalable, établissant l'entière bonne foi des associés, ne manquerait pas de faire impression sur les juges du fond qui disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation à ce sujet.

Un auteur ⁽³⁶⁾ pose même en principe que les associés autres que les apporteurs en nature ne doivent être déclarés responsables de la majoration, que si les demandeurs relèvent contre eux une faute ou une négligence. Mais la loi ne contient aucune réserve de ce genre.

Nous verrons, à la fin de cette étude, s'il est désirable que la preuve de leur bonne foi ait pour résultat d'affranchir les associés de toute responsabilité ou s'il vaut mieux s'en tenir au critérium objectif de la majoration comme source de responsabilité, sans admettre la possibilité de la preuve contraire. Remarquons toutefois que les associés ont, à un autre point de vue, le plus grand intérêt à se procurer par une vérification préalable des documents leur permettant de déterminer par la suite, si besoin est, la valeur réelle du bien apporté, envisagée à l'époque de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital. La preuve de la majoration est la condition première pour que la responsabilité de l'article 8 prenne naissance. Le demandeur à l'action doit établir conformément au droit commun (art. 1315 C. civil) que la valeur réelle des biens apportés envisagée à l'époque de la constitution

(36) Piot, *op. cit.*, n° 10.

de la société ou de l'augmentation de capital était inférieure à l'estimation contenue dans les statuts. Il faut se reporter par la pensée à l'époque de la fondation de la société ou de l'augmentation de capital, pour rechercher si, à cette date, la différence de valeur existait réellement, car il serait injuste de rendre les associés responsables des moins-values survenues postérieurement à cette date ⁽³⁷⁾. Or ce retour en arrière sera parfois difficile — notamment si l'action est intentée à l'expiration du délai de 10 ans prévu par l'alinéa 2 de l'article 8. D'autre part, l'action en responsabilité sera intentée le plus souvent par le syndic après la déclaration de faillite, c'est-à-dire à une époque où la valeur des biens sociaux apparaîtra considérablement dépréciée. N'est-il donc pas à craindre que le juge saisi d'une question de ce genre considère la différence qui existe entre la valeur actuelle des biens apportés et la valeur indiquée dans les statuts ? Ce danger ne sera pas à redouter, si le défendeur, l'associé, s'est réservé, par une vérification préalable, la possession de documents qui, s'ils ne lui permettent pas de justifier de l'exactitude de l'évaluation portée aux statuts, constitueront néanmoins une base sérieuse de discussion pour déterminer la valeur réelle du bien apporté, envisagée à l'époque de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital.

Il appartiendra aux juges d'ordonner une expertise à l'effet de rechercher si les apports sont bien équivalents au montant des parts qui en forment la rému-

(37) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 177, *in fine*.

nération. Il convient de signaler à ce sujet une solution intéressante de la Cour de Riom du 22 novembre 1928 et du Tribunal de Commerce de Toulouse du 19 décembre 1929, et la note de M. le Professeur Pic (D. P., 1930, II, 121). « Il n'est pas nécessaire que les biens apportés soient francs et quittes de toutes charges; il suffit que les charges soient nettement spécifiées dans l'acte constitutif, afin de permettre de déterminer la valeur réelle des apports ». Si l'apport porte sur l'actif net, l'apporteur faisant son affaire personnelle des charges grevant les apports, c'est la valeur brute des biens apportés qui doit servir de base à l'attribution des parts représentatives des apports. *La circonstance que l'apporteur de biens grevés n'a pas satisfait ou n'a satisfait que tardivement à son obligation ne prouve pas que les biens apportés n'avaient pas une valeur réelle égale aux évaluations portées dans l'acte constitutif.* Si l'apport porte sur l'actif brut, la société assumant elle-même la charge du passif, c'est la valeur nette des biens apportés, déduction faite des charges qui les grèvent, qui doit servir de base à l'attribution des parts représentatives des apports.

L'application du principe qui fait reposer la responsabilité de l'article 8 sur une présomption de faute délictuelle ou quasi-délictuelle conduit logiquement à déterminer comme suit la répartition définitive des condamnations prononcées contre les associés.

Aux termes de l'article 8, les associés sont en effet solidairement responsables. Par l'effet de cette solidarité, l'action en responsabilité peut être formée soit contre eux tous, soit contre un ou plusieurs d'entre eux,

au choix du demandeur. Les associés poursuivis et condamnés peuvent, par application du droit commun, exercer après paiement un recours contre leurs codébiteurs. Comment se fera la répartition définitive de la condamnation intervenue ? Il est équitable que la charge de la responsabilité incombe, en premier lieu, aux associés dont les apports en nature ont reçu une évaluation exagérée, puisqu'ils ont bénéficié directement de la majoration en recevant une part de bénéfices à laquelle la valeur réelle de leurs apports ne leur donnait pas droit. Mais avec l'idée de faute, si les apporteurs en nature sont insolvables, la charge de la responsabilité doit incomber ensuite aux associés qui, tout en n'ayant pas profité directement de la majoration, ont commis une faute, ayant permis ou favorisé celle-ci. S'ils sont plusieurs, le montant des condamnations prononcées doit être réparti entre eux suivant la gravité des fautes commises par chacun ⁽³⁸⁾.

Un auteur ⁽³⁹⁾ soutient que cette répartition est impossible car « l'obligation de chacun au tout est fondée sur ce que chacun a causé à lui seul tout le dommage... En réalité, chaque faute a également causé le dommage puisque chacune à elle seule l'a produit pour le tout ». La répartition des condamnations prononcées doit donc se faire *pro parte virili*, c'est-à-dire par part égale. Cette théorie est juridiquement très forte. Mais il est douteux que la jurisprudence abandonne le point de vue d'équité auquel elle s'est placée, en pro-

(38) Drouets, *op. cit.*, n° 145; Lepargneur, *op. cit.*, n° 19.

(39) L. Mazeaud : *Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels*. Revue critique de législation et de jurisprudence, mars-avril 1930, p. 171 et suivantes.

portionnant la part de chacun à la gravité de chacune des fautes, pour se rallier à ce point de vue strictement juridique ⁽⁴⁰⁾.

Mais si aucune faute ne peut être relevée à la charge d'un associé ou si les associés coupables sont insolvables, comment se fera la répartition des condamnations prononcées ?

Certains auteurs enseignent que la répartition doit se faire, en pareil cas, par part égale et invoquent, en faveur de cette solution, la règle couramment admise dans les sociétés par actions ⁽⁴¹⁾.

D'autres auteurs estiment au contraire que cette répartition doit se faire entre tous les associés responsables proportionnellement au nombre de parts sociales possédées par chacun ⁽⁴²⁾.

Nous pensons que cette solution est également préférable, car tous les associés même non apporteurs en nature peuvent profiter indirectement, comme nous le montrerons plus loin, de la majoration des apports; ils en profitent proportionnellement à leurs intérêts respectifs dans l'affaire; il est donc juste que la répartition du poids des condamnations prononcées s'établisse selon cette règle.

Nous avons terminé l'exposé du système qui fait reposer la responsabilité de l'article 8 sur une présomption de faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Ce système a été critiqué.

On lui a reproché tout d'abord, au point de vue

(40) Req., 5 juillet 1926. D. H., 1926, 401.

(41) Pic et Baratin, *op. cit.*, n° 232, p. 245, note 1.

(42) Drouets, *op. cit.*, n° 145; Desbois, *art. cit.*, p. 311.

théorique, d'être une construction tout à fait arbitraire, le texte de l'article 8 ne faisant allusion ni à l'idée de responsabilité délictuelle, ni à l'idée de présomption de faute. Il est inexact en effet de prétendre que la responsabilité implique nécessairement l'idée de faute. De plus, nous avons vu que lors de l'adoption de cet article, il n'y eut, soit au Parlement, soit devant la Société d'Etudes Législatives, aucune discussion sur la nature juridique de la responsabilité imposée aux associés.

Enfin, au point de vue pratique, on a soutenu que ce système, en augmentant d'une façon excessive la portée de la responsabilité, entraînait ainsi une conséquence dangereuse pour les associés et dépassant manifestement le but visé par la loi, c'est-à-dire la protection nécessaire et suffisante des créanciers sociaux ⁽⁴³⁾.

On est arrivé ainsi par élimination des deux systèmes qui considèrent la responsabilité de l'article 8 soit comme une responsabilité contractuelle, soit comme une responsabilité délictuelle, à soutenir le système qui donne à cette responsabilité un fondement légal.

§ II. — FONDEMENT LÉGAL DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ARTICLE 8

La responsabilité apparaît, dans cette théorie, comme la sanction d'une obligation imposée par la loi aux

(43) Desbois, *art. cit.*, p. 312.

associés. C'est une obligation qui naît *ex lege*, en dehors de tout fait volontaire, qui résulte de l'autorité seule de la loi. M. Desbois analyse cette obligation en une « obligation de garantie solidaire ». La loi impose aux associés l'obligation de garantir la valeur du capital social et les rend solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature. « Les associés ne sont plus tenus en raison d'une faute démontrée ou présumée mais en tant qu'associés parce que la loi les astreint à fournir la garantie du capital déclaré en adhérant au pacte social » ⁽⁴⁴⁾

Le principe admis, il en découle des conséquences assez différentes de celles qu'impose le régime que nous venons d'étudier.

A. — La présomption de faute disparaît et, avec elle, la possibilité de la preuve contraire. L'obligation de garantie solidaire imposée par la loi est manifestement d'ordre public, elle a pour but la protection nécessaire des créanciers sociaux. La majoration en elle-même, une fois établie, engendre la responsabilité des associés; elle en est la condition nécessaire et suffisante.

B. — Quelle est la mesure de cette responsabilité, la portée de la sanction de cette obligation légale ? La loi impose aux associés, avons-nous dit, l'obligation de garantir la valeur du capital social, il est juste qu'en cas de majoration, ils ne soient tenus que de la différence entre la valeur d'estimation et la valeur réelle. Il leur suffira de combler cette différence. L'obligation imposée par la loi aux associés étant originale, déroga-

(44) Desbois, *même art.*, p. 313.

toire au droit commun, il ne faut pas dépasser les limites imposées par le législateur à la responsabilité des associés ⁽⁴⁵⁾. La protection des créanciers est nécessaire, mais elle ne doit pas être excessive.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que cette obligation originale, si elle déroge au droit commun, ne *l'abolit* pas pour autant, elle ne fait qu'y *ajouter*. Si donc les créanciers sociaux arrivent à prouver la fraude ou la négligence des associés, ils pourront leur demander en vertu des articles 1382 et 1383 la réparation du préjudice imprévisible et direct. A leur gré les créanciers peuvent donc agir soit contre l'un quelconque des associés, en vertu de l'article 8 et dans la limite déterminée par ce texte, soit contre l'associé coupable, mais il leur faudra alors rapporter la preuve de la fraude ou de la négligence; en compensation leur droit à réparation comprendra tout ce que leur permet l'article 1382 du Code civil ⁽⁴⁶⁾.

C. — Quels sont les associés auxquels la loi impose cette obligation de garantie solidaire ? C'est ici qu'apparaissent les premières difficultés. Il semble logique de décider que tous les associés, sans exception, sont tenus de cette obligation de garantie. L'obligation leur incombe par le fait même qu'ils sont ou qu'ils deviennent associés. Chaque associé bénéficie directement ou indirectement de la majoration des apports en nature. L'associé dont l'apport en nature a reçu une évaluation exagérée en bénéficie directement puisqu'il reçoit une

(45) Desbois, *art. cit.*, p. 313.

(46) Desbois, *art. cit.*, p. 313. De plus s'ils invoquent la fraude ou la négligence, ils ne pourront agir que contre le tuteur du mineur non émancipé ou de l'interdit, partie à l'acte de constitution de Société.

part de bénéfices à laquelle la valeur réelle de son apport ne lui donne pas droit. Les autres associés vont en bénéficier indirectement, car la société à responsabilité limitée acquerra ainsi une plus grande *surface*, un plus grand crédit et pourra faire des bénéfices plus considérables. Cet accroissement de bénéfices compensera la perte relative qu'ils auront pu subir du fait de l'attribution à l'apporteur en nature d'une part de bénéfices excessive. Il est donc à la fois logique et équitable que l'obligation de garantie incombe à tous les associés puisque tous bénéficient directement ou indirectement de la majoration. Si l'on veut analyser d'une façon plus précise l'obligation de garantie, on dira que cette obligation apparaît comme un risque imposé par la loi aux associés en contrepartie d'un bénéfice possible.

Ainsi donc, non seulement les associés originaires, apporteurs en nature, apporteurs de numéraire, seront tenus de cette obligation, mais même les associés entrés dans la société postérieurement à sa consitution par voie d'acquisition de parts sociales ou à l'occasion d'une augmentation de capital.

Le cessionnaire va bénéficier de la situation acquise au même titre que le cédant, il est logique qu'il court aussi le risque. Nous reconnaissons cependant que le bénéfice qu'il va retirer de la majoration peut être rendu illusoire si le prix de cession est trop élevé. Mais il est une autre considération d'ordre pratique qui nous fait admettre cette solution. L'associé originaire est tenu de l'obligation de garantie solidaire non pas en vertu d'une faute présumée mais par le seul fait qu'il

est associé. S'il perd cette qualité, même par un fait volontaire (cession de parts), il ne sera plus tenu de l'obligation. Il faut donc que l'obligation incombe au cessionnaire, car sans cela on aboutirait, comme nous l'avons dit plus haut, à éviter totalement l'effet de la disposition de l'article 8. Le cessionnaire pourra à son tour, par le même procédé, s'affranchir de cette obligation de garantie s'il estime que le bénéfice retiré ne vaut pas le risque couru ⁽⁴⁷⁾.

Les souscripteurs d'une augmentation de capital vont bénéficier également de la situation acquise puisqu'ils vont participer par la suite aux bénéfices de la société. Il est logique qu'ils soient responsables de la majoration des apports en nature antérieure, qui a pu être pour une part la cause de ces bénéfices.

Mais que dire des associés n'ayant pas approuvé la réalisation de l'augmentation de capital comportant des apports de biens en nature ? Seront-ils responsables de la valeur attribuée à ces apports ? Il faut répondre par l'affirmative. C'est une solution qui s'impose avec la théorie de l'obligation légale de garantie solidaire. Cette obligation est en effet d'ordre public, on ne peut y échapper par un vote négatif ou une abstention. D'autre part, les associés qui se seront réfugiés dans l'opposition ou l'abstention bénéficieront, au même titre que les associés ayant émis un vote favorable, de la majoration des apports en nature, ils devront donc supporter leur part de responsabilité. Cette solution

(47) Il est vrai que la cession de parts sociales à un tiers étranger à la Société est soumise à une formalité rigoureuse (consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois-quarts du capital social) qui le rend parfois assez difficile (art. 22, loi du 7 mars 1925).

prête évidemment à la critique. Elle est, selon nous, en contradiction formelle avec l'article 31 *in fine* de la loi du 7 mars 1925 qui stipule que « dans aucun cas la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale ». Le seul moyen de tourner la difficulté serait d'exiger le concours de tous les associés pour la réalisation d'une augmentation de capital comportant l'apport de biens en nature. Une pareille clause insérée dans les statuts, renforçant les conditions légales, serait, selon nous, pleinement valable ⁽⁴⁸⁾.

Il est enfin une dernière conséquence du système, beaucoup plus grave que les précédentes. Quelle va être, avec cette théorie, la situation des mineurs et plus généralement des incapables?

Nous avons vu qu'avec le système de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle cette responsabilité n'incombait pas au mineur non émancipé ni à l'interdit pour lesquels le tuteur avait souscrit des parts de société à responsabilité limitée. Le tuteur, agissant pour leur compte et à leur place, lors de la constitution de la société, c'était lui que frappait la présomption de faute, c'était à lui qu'incombait la responsabilité de l'article 8.

La situation du mineur non émancipé et de l'interdit se présente sous un aspect bien différent si l'on admet que l'article 8 impose aux associés une obligation légale de garantie solidaire. Cette obligation, bien loin de résulter d'une faute prouvée ou présumée, résulte

(48) L'auteur de la théorie de l'obligation légale de garantie solidaire, M. Desbois, n'admet pas les mêmes conséquences en ce qui concerne la détermination des associés responsables. *Cf. art. cit.*, p. 314 et s.

au contraire de l'autorité seule de la loi, elle est inhérente à la qualité d'associé, quelle que soit leur capacité. De plus, le mineur non émancipé, l'interdit vont bénéficier de la majoration au même titre qu'un associé ordinaire. L'obligation de garantie leur incombe.

Cette solution est apparue aussitôt comme susceptible d'exposer les mineurs non émancipés à de graves dangers, leur sort étant remis entre les mains de leurs représentants légaux. Aussi a-t-elle été une des conséquences les plus critiquées de l'article 8.

Nous allons étudier les répercussions que cette solution entraîne sur le caractère de la souscription par le tuteur du mineur non émancipé ou de l'interdit, d'une part de société à responsabilité limitée et partant, sur la capacité requise pour l'accomplissement d'un tel acte.

Si l'on admet, comme nous l'avons vu, avec la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence, que l'obligation qu'assume le mineur ou l'interdit de répondre à un appel de fonds bien déterminé a pour effet de transformer la souscription d'action d'un simple acte d'administration en un acte de commerce isolé, il faut décider *a fortiori* que la souscription d'une part de société à responsabilité limitée appelle la même qualification. Car l'obligation qu'assume le mineur souscripteur de parts sociales est bien plus lourde, bien moins définie que l'obligation assumée par le mineur souscripteur d'actions non immédiatement libérées. Ce dernier n'est tenu en effet que de la différence, soit les trois quarts, entre le montant nominal de son action et ce qu'il a immédiatement versé, tandis que le mineur

souscripteur de parts sociales peut être appelé à répondre de la différence entre la valeur d'estimation et la valeur réelle, non seulement de son propre apport en nature, mais aussi, en vertu du principe de la solidarité, des apports des autres associés.

La souscription d'une part sociale doit donc être considérée comme un acte de commerce. Or, aux termes de l'article 3 du Code de Commerce, le mineur non émancipé ne peut accomplir un acte de commerce même isolé. Faut-il donc interdire au tuteur le droit de souscrire des parts sociales pour le compte de son pupille ? La logique semble imposer cette solution. Mais en matière de sociétés par actions et de sociétés en commandite simple, les nécessités pratiques ont amené la jurisprudence à se départir de la logique pure et à permettre au tuteur de souscrire des actions ou des parts de commandite non immédiatement libérées pour le compte de son pupille ⁽⁴⁹⁾.

Ces nécessités pratiques doivent-elles avoir le même effet en matière de sociétés à responsabilité limitée ? S'il est vrai que l'obligation assumée par le mineur souscripteur de parts sociales est bien plus lourde que l'obligation assumée par le mineur souscripteur d'actions non immédiatement libérées, s'il est souhaitable, en raison de cette responsabilité encourue par le mineur, de refuser au tuteur la faculté de souscrire des parts sociales pour le compte de son pupille, il n'en demeure pas moins vrai qu'un tel résultat ne corres-

(49) Paris, 21 mai 1884 (D., 85, II, 177. S., 1885, II, 97 et note Lyon-Caen).
V. Lyon-Caen et Renault., *op. cit.*, t. II, n° 470 *bis*; Thaller et Percerou, *op. cit.*,
n° 335.

pondrait pas au but poursuivi par la loi. Il réduirait l'utilité des sociétés à responsabilité limitée qui sont le plus souvent des sociétés de famille destinées à conserver le bien familial. Or il n'est pas rare qu'à la suite du décès du chef de famille, il se trouve parmi ses héritiers des enfants mineurs. Devra-t-on alors leur interdire l'accès de la société en formation, s'il y a des apports en nature ? Ce serait rendre sa constitution inutile. Mais même si le capital social ne comprend pas à l'origine d'apports en nature, il est toujours possible qu'il puisse y avoir ultérieurement une augmentation de capital comportant des apports en nature. Si l'on admet que les associés n'ayant pas approuvé l'augmentation de capital sont néanmoins responsables, c'est d'une façon générale qu'il faudra interdire aux mineurs l'accès des sociétés à responsabilité limitée.

Aussi nous ne pensons pas que la solution de la difficulté puisse consister dans l'interdiction pure et simple au mineur de souscrire à des parts dans une société à responsabilité limitée par l'intermédiaire de son tuteur. Le remède consiste dès lors à exiger des conditions de capacité les plus rigoureuses ⁽⁵⁰⁾. L'obligation spéciale imposée par l'article 8 n'est pas définie, avons-nous dit. Il ne nous paraît donc pas logique de considérer la souscription de parts sociales comme un simple emploi de capitaux et d'exiger, par application de la loi du 27 février 1880, l'autorisation du Conseil de famille et, lorsque l'apport du mineur excède 1.500

(50) Drouets, *op. cit.*, n° 84; Piot, *op. cit.*, n° 6 bis; Desbois, *art. cit.*, p. 321 et suivantes.

francs, l'homologation du Tribunal civil ^(50bis). Car peu importe que la souscription soit inférieure ou supérieure à 1.500 francs, le mineur est, de toutes façons, exposé à répondre sur son patrimoine d'une somme indéterminée correspondant à la majoration éventuelle des apports en nature. Il faut avoir, pour souscrire une part sociale, *la capacité de s'obliger*.

Le tuteur du mineur non émancipé devra donc être autorisé par une délibération du Conseil de famille, homologuée par un jugement du Tribunal civil. Quant à l'interdit, la règle d'habilitation que nous venons de préciser s'appliquera puisque l'article 509 du Code civil l'assimile au mineur pour sa personne et pour ses biens.

L'administrateur légal des biens de ses enfants mineurs devra être autorisé à souscrire par un jugement du Tribunal civil, comme pour tous les actes que le tuteur ne pourrait accomplir sans l'intervention de justice (article 389 du Code civil, alinéa 6, modifié par la loi du 6 avril 1910). L'alinéa 7 du même article ne peut trouver son application ici, car il ne s'agit plus d'un emploi de capitaux.

Les conditions de capacité que nous venons de dégager pour le mineur non émancipé et l'interdit s'appliquent aux autres incapables et notamment au mineur émancipé, au prodigue ou faible d'esprit et à la femme mariée. Mais à la différence du mineur non émancipé et de l'interdit, ces derniers sont de toutes

(50 bis) C'est le système qui a prévalu en matière de Sociétés par actions et de Sociétés en commandite simple devant la Cour de Paris, 21 mai 1884, *arrêt précité*.

façons responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature, quel que soit le système adopté (responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle ou responsabilité légale), puisqu'ils interviennent tous personnellement à l'acte constitutif de société. Leur capacité ne varie pas.

a) *Mineur émancipé*. — En vertu de l'article 484 du Code civil, il faudra observer les formes prescrites pour les mineurs non émancipés. Le mineur émancipé devra donc être autorisé par une délibération du Conseil de famille homologuée par un jugement du tribunal. A remarquer cependant que si le mineur émancipé, âgé de plus de 18 ans, a été régulièrement autorisé à faire le commerce, il peut être réputé majeur pour la souscription d'une part sociale, si elle se rattache à l'exercice de son commerce.

b) *Prodigue et faible d'esprit*. — La jurisprudence tend de plus en plus à soumettre aux articles 499 et 513 toutes les obligations contractées par le prodigue, à l'égal des emprunts et des aliénations ⁽⁵¹⁾. Il ne pourra donc souscrire sans l'assistance d'un Conseil judiciaire.

c) *Femme mariée*. — Le fait qu'il faut avoir pour souscrire des parts sociales la capacité de s'obliger conduit logiquement à décider que la femme mariée doit avoir l'autorisation de son mari ou de justice pour un tel acte, même si elle est non commune ou séparée de biens (art. 217 Code civil). Il faut admettre une exception. La femme séparée de corps pourra souscrire

(51) Cf. Colin et Capitant : *Cours élémentaire de Droit Civil français*, t. I, p. 609-610.

seule des parts sociales, car elle recouvre, par le fait du jugement de séparation de corps, le plein exercice de sa capacité civile. Il nous semble, de plus, que la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari et qui fait apport à la société de biens faisant partie de ses biens réservés, pourra souscrire, sans autorisation, des parts sociales puisqu'aux termes de la loi du 13 juillet 1907, article 1^{er}, alinéa 3, modifié par la loi du 8 juin 1923, elle a la capacité de s'obliger sur ses biens réservés.

M. Drouets est arrivé à des résultats analogues, sauf sur ce dernier point, en partant d'un point de vue différent. Il assimile en effet, sous ce rapport, la société à responsabilité limitée à une société de personnes. Le consentement du mari est donc nécessaire, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, car l'adhésion à une société à responsabilité limitée conclue avec un tiers intéresse directement la puissance maritale⁽⁵²⁾. Il n'y a lieu d'admettre une exception que dans le cas où un jugement de séparation de corps est intervenu entre les époux. La séparation de corps fait, en effet, disparaître la puissance maritale. Mais la loi du 13 juillet 1907 n'a pas eu pour conséquence de modifier les prérogatives de la puissance maritale⁽⁵³⁾. La femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari et qui fait apport à la société de biens réservés doit par conséquent être autorisée de son mari.

(52) Drouets, *op. cit.*, n° 83. L'autorisation maritale ne pourra pas être supplée par autorisation de justice.

(53) Planiol, Ripert et Rouast : *Traité pratique de droit civil français*, t. II, n° 429.

L'application du principe de l'obligation légale de garantie solidaire conduit à déterminer d'une façon différente la répartition définitive des condamnations prononcées entre les associés. Nous avons admis que cette obligation était un risque imposé par la loi aux associés en contre-partie d'un bénéfice possible (bénéfice pouvant résulter éventuellement de la majoration). Il paraît donc logique de répartir le poids des condamnations prononcées entre les associés, proportionnellement à leurs intérêts respectifs dans l'affaire, c'est-à-dire proportionnellement au nombre de parts sociales possédées par chacun. Mais puisque les apporteurs en nature ont bénéficié directement de la majoration, il importe cependant que la charge de la responsabilité leur incombe en premier lieu.

Nous avons terminé l'exposé du système de l'obligation légale de garantie solidaire. Il ne nous reste plus qu'à rappeler, avant de nous prononcer sur la valeur de l'un et l'autre système, comment s'éteint l'action en responsabilité. Aux termes de l'alinéa 2, article 8, l'action judiciaire se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société, alors qu'en l'absence de toute disposition particulière insérée dans la loi, l'action en responsabilité aurait dû se prescrire par trente ans (C. civ., art. 2262). Pourquoi cette prescription spéciale ? Elle semble avoir été édictée dans le but de soumettre aux mêmes règles l'action intentée en vertu de l'article 8 et les actions en nullité et en responsabilité de l'article 10 de la même loi. Mais elle résulte surtout de considérations pratiques. « Le législateur a estimé que lorsqu'une société à responsabilité limitée a fonctionné

pendant dix ans, sans que l'évaluation donnée aux apports en nature ait été contestée, les associés originaires ont droit à la sécurité, d'autant qu'à mesure que le temps s'écoule, la preuve de la majoration devient de plus en plus difficile » (54). Cette remarque a conduit M. Drouets, notamment, à considérer le délai de l'article 8 non pas comme une véritable prescription reposant sur l'idée de renonciation de la part des créanciers, mais comme un simple délai préfixe, susceptible ni d'interruption ni de suspension. Par le fait même qu'il s'est écoulé dix ans depuis la constitution de la société, l'action en responsabilité n'est plus recevable.

Mais il est une difficulté que ne semblent avoir prévue, ni la loi elle-même ni ses commentateurs. Que décider en cas d'augmentation de capital comportant des apports de biens en nature ? Nous avons admis que la responsabilité de l'article 8 pouvait résulter d'une telle augmentation. L'action judiciaire qui en découle se prescrira-t-elle par dix ans à partir de la constitution de la société ? Nous ne le pensons pas, d'autant plus que cette solution serait invraisemblable si l'augmentation de capital survenait dix ans après la constitution de la société : l'action en responsabilité serait prescrite avant même d'avoir existé. Il nous semble plus conforme au texte même de l'article 8 qui n'a visé que la responsabilité pouvant résulter « de la valeur attribuée *au moment de la constitution de la société* aux apports en nature », de décider d'une façon géné-

(54) Drouets, *op. cit.*, n° 146.

rale que l'action en responsabilité se prescrit par dix ans à partir du jour où elle a pris naissance (constitution de société ou augmentation de capital ultérieure).

Une autre difficulté est soulevée, en cas de dissolution de la société, par l'article 64 du Code de Commerce, « toutes actions contre les associés non liquidateurs sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire ». On conçoit aisément que l'application de cet article puisse faire échec à la prescription de dix ans de l'article 8. Un auteur admet par application de l'adage « *specialia generalibus derogant* » que l'article 64 doit régir l'action issue de l'article 8 ⁽⁵⁵⁾. Nous pensons au contraire que la cause d'extinction de l'article 8 survit à la dissolution de la société. Il nous semble que les considérations pratiques qui ont permis de considérer la prescription de l'article 8 comme un délai préfixe et, par conséquent, comme différente de la prescription de l'article 54, sont également de nature à faciliter l'adoption d'une telle solution. La prescription de dix ans déroge à la prescription trentenaire de droit commun ; elle a été considérée de plus comme nécessaire et suffisante en ce sens qu'elle n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension. Nous ne pouvons donc admettre que l'article 54 puisse limiter la durée de cette prescription.

(55) Desbois, *art. cit.*, p. 326.

§ III. — CHOIX D'UN SYSTÈME. — CRITIQUES

Avant de nous prononcer sur la valeur de l'un et de l'autre système, il convient de préciser la situation de la jurisprudence à cet égard. Un seul jugement du Tribunal de Commerce de Toulouse du 19 décembre 1929 (*Gaz. Pal.*, 21 février 1930. D. P., 1930, II, 121) est venu poser la question sans la résoudre. Le liquidateur judiciaire d'une société à responsabilité limitée avait intenté l'action en responsabilité de l'article 8 contre les associés originaires. « Attendu que Bastié, ès-qualité, fait encore ressortir... qu'en attribuant à un fonds sans valeur et entré comme tel dans le patrimoine de la masse des créanciers, une estimation de 150.000 francs, les associés se sont, aux termes de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925, rendus solidairement garants vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature; qu'ils doivent donc, sous cette solidarité, être condamnés à payer cette somme de 150.000 fr. ». Mais le tribunal avait écarté la thèse présentée de la majoration de l'apport (^{55bis}). On peut cependant penser que si cette majoration avait été prouvée, le tribunal s'en serait tenu à la prétention du liquidateur judiciaire, qu'il a rapportée dans son jugement et n'aurait condamné les associés solidairement qu'à verser le montant de la différence entre la valeur d'estimation et la valeur réelle de l'apport en nature, soit, en l'espèce, la somme de 150.000 francs.

(55 bis) Le fond de commerce dont il s'agit était grevé d'un nantissement. L'apporteur avait déclaré faire son affaire personnelle de cette charge. Le tribunal a jugé, comme nous l'avons vu, que l'inexécution de cette obligation n'avait pas pour effet de prouver que la valeur attribuée au fonds de commerce était majorée.

Aucune indication précise ne peut donc être tirée de ce jugement, c'est le seul que nous ayons pu découvrir. La raison de ce défaut de jurisprudence semble tenir à ce fait que le commerce et l'industrie ont traversé, depuis 1925, une période de prospérité générale et qu'ainsi peu de sociétés à responsabilité limitée ont été déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire. Mais il n'est pas douteux que si la crise économique qui se dessine actuellement en France vient à s'aggraver, les cas de faillite ou de liquidation judiciaire de sociétés à responsabilité limitée se multiplieront et qu'ainsi les syndics ou les liquidateurs judiciaires seront amenés plus fréquemment à intenter, au nom de la masse des créanciers, l'action en responsabilité de l'article 8 contre les associés.

La situation de la jurisprudence ainsi précisée, deux remarques s'imposent. Le principe de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle donne des résultats satisfaisants en ce qui concerne la détermination des associés responsables, mais il conduit à étendre la portée de cette responsabilité d'une façon excessive et dangereuse pour les associés. Cette conséquence dépasse manifestement le but visé par la loi (protection suffisante des créanciers sociaux). D'autre part, il n'est pas désirable, selon nous, d'atténuer la rigueur de cette conséquence en permettant aux associés de s'affranchir de toute responsabilité, en rapportant la preuve de leur bonne foi. Il faut s'en tenir au critérium objectif de la majoration comme source de responsabilité; il ne faut pas admettre la possibilité de la preuve contraire et encore bien moins poser en prin-

cipe que la preuve de la faute des associés, autres que les apporteurs en nature, incombe aux demandeurs.

Le principe de l'obligation légale de garantie solidaire conduit à des résultats opposés. Il offre l'avantage de considérer la majoration comme la condition nécessaire et suffisante de la responsabilité ; il permet, d'autre part, de limiter la portée de cette responsabilité à la différence éventuelle entre la valeur d'estimation et la valeur réelle des biens apportés. Mais ce principe donne des résultats moins satisfaisants en ce qui concerne la détermination des associés responsables. Malgré l'idée de risque imposé par la loi aux associés en contre-partie d'un bénéfice possible, que nous avons dégagée, il paraît cependant peu équitable que le cessionnaire soit responsable au lieu et place de l'associé originaire, que le souscripteur d'une augmentation de capital soit responsable de la valeur attribuée aux apports en nature à une époque où il ne faisait pas partie de la société ⁽⁵⁶⁾. La situation des mineurs est de plus particulièrement délicate. Ils ne sont pas maîtres de leurs droits, leur sort est remis entre les mains de leurs représentants légaux et ils sont cependant responsables. Certains auteurs ont pensé, il est vrai, que les formalités rigoureuses auxquelles est soumise la souscription de parts sociales pour le compte d'un mineur, auraient pour effet de protéger efficacement ce dernier ⁽⁵⁷⁾. Mais cette solution intermédiaire a été vivement critiquée. « C'est une vieille idée que d'accu-

(56) De plus avec ce système les associés n'ayant pas approuvé l'augmentation de capital comportant l'apport de biens en nature sont néanmoins responsables.

(57) Desbois, *art. cit.*, p. 330.

muler les formalités pour empêcher qu'un mineur ou qu'une femme mariée soient lésés. On n'arrivera jamais à empêcher certains agissements et on gêne les constitutions de sociétés » ⁽⁵⁸⁾. Il est impossible, d'autre part, en raison du but poursuivi par la loi, d'interdire aux mineurs l'accès de pareilles sociétés.

Faut-il donc, entre deux maux, choisir le moindre ou devons-nous, au contraire, nous rallier à une solution intermédiaire ?

Le principe de l'obligation légale de garantie solidaire nous paraît fondé. Mais devons-nous l'admettre avec toutes les conséquences que nous avons précisées ? Certains auteurs ne l'ont pas pensé. L'obligation de garantie est imposée par la loi à tous les associés, avons-nous dit, puisque tous bénéficient directement ou indirectement de la majoration des apports en nature. Mais ce bénéfice sera parfois illusoire pour le cessionnaire, le souscripteur d'une augmentation de capital à l'égard des apports en nature effectués lors de la constitution de la société ou d'une augmentation de capital antérieure.

Aussi l'auteur de cette théorie a-t-il admis que la loi avait entendu imposer cette obligation de garantie solidaire aux associés qui avaient pris en charge le capital social et l'avaient présenté aux tiers ⁽⁵⁹⁾. Ainsi donc, seuls les associés originaires, quelle que soit leur capacité, seraient responsables. Ils ne pourraient se libérer de cette obligation en cédant leurs parts socia-

(58) Ripert, Séance de la Société d'études législatives du 1^{er} juillet 1927. *Bulletin* 1927, p. 301.

(59) Desbois, *art. cit.*, p. 314.

les, non pas que l'obligation résulte d'une faute prouvée ou présumée, mais parce qu'elle est inhérente à la qualité d'associé originaire. De même le souscripteur d'une augmentation de capital ne serait pas responsable de la valeur attribuée aux apports en nature effectués lors de la constitution de société ou d'une augmentation de capital antérieure.

Cette solution, si elle conduit à des résultats plus satisfaisants en ce qui concerne les personnes entrées dans la société postérieurement à sa constitution par voie d'acquisition de parts sociales ou à l'occasion d'une augmentation de capital ⁽⁶⁰⁾ n'est cependant pas parfaite au point de vue théorique. De la constatation que l'obligation de garantie est imposée à l'associé originaire, il n'y a qu'un pas à faire pour déduire qu'à l'origine de cette garantie se trouve l'idée de faute. « Tout en rejetant l'idée de faute délictuelle, nous reconnaissons volontiers qu'à l'origine de cette garantie légale se trouve cette constatation que la majoration provient le plus souvent d'une faute et que cette faute peut être reprochée seulement à ceux qui faisaient partie de la société à l'époque où l'apport en nature a été effectué » ⁽⁶¹⁾. Qu'on le veuille ou non, il faut donc, si l'on veut rendre les conséquences du principe de l'obligation légale de garantie solidaire acceptables en ce qui concerne la détermination des associés responsables, revenir d'une façon détournée à l'idée de faute. Mais on ne peut le faire, selon nous, qu'en en accep-

(60) Les résultats auxquels conduit cette solution semblent considérés comme acquis notamment par la Société d'études législatives. *Bulletin* 1927, p. 290 et suivantes.

(61) Desbois, *art. cit.*, p. 315.

tant toutes les conséquences et non pas seulement celles qui paraissent désirables.

Devant l'impossibilité d'aboutir à une solution intermédiaire, nous admettons, avec ses conséquences bonnes et mauvaises, le système qui considère la responsabilité de l'article 8 comme la sanction d'une obligation de garantie solidaire imposée par la loi à tous les associés.

La solution du problème nous paraît être d'admettre une responsabilité limitée dans sa portée, bien que susceptible d'une application plus large; et de limiter cette responsabilité à certains associés par une réforme.

Outre les critiques propres au système que nous adoptons, le régime institué par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 suscite des critiques d'un ordre plus général. On lui a reproché notamment d'entraîner des conséquences rigoureuses. A cet égard, non seulement le sort des mineurs et plus généralement des incapables, mais aussi le sort des apporteurs de numéraire ont retenu particulièrement l'attention. « Sans doute l'intention du législateur est excellente. Il a pensé que les associés de l'apporteur exposés au même risque que ce dernier s'opposeraient énergiquement à toute combinaison illicite. Mais il faut bien se rendre compte que très souvent les associés, soit par ignorance de la loi, soit par excès de confiance dans l'apporteur qui sera presque toujours un parent ou un ami, soit par défaut de compétence commerciale ou technique, ne discerneront pas une majoration que personne n'a pour mission spéciale de leur signaler. Comment ne pas recon-

naître dans ces conditions que la sanction qui les atteint est hors de proportion avec la faute commise par eux » ⁽⁶²⁾. Même si l'on ne veut pas faire intervenir l'idée de faute, on est obligé de reconnaître que non seulement les apporteurs de numéraire ne peuvent retirer aucun profit de la majoration, mais qu'ils peuvent même subir un préjudice, du fait de l'attribution à l'apporteur de biens en nature d'une part excessive de bénéfices. Or bien loin de les protéger, la loi leur impose au contraire la même responsabilité qu'aux apporteurs en nature. La sévérité de la loi a paru excessive.

De plus on a fait remarquer d'une façon générale que dans de nombreuses hypothèses (apports d'éléments incorporels d'un fonds de commerce, de brevets d'invention), il serait impossible d'évaluer les biens apportés avec une précision suffisante pour qu'on ait la certitude que ces évaluations ne seront pas contestées par la suite. D'autre part, à cette difficulté, viendra s'ajouter, comme nous l'avons remarqué, la difficulté de considérer non pas la valeur actuelle du bien apporté, mais bien sa valeur envisagée à l'époque de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital.

Nous avons vu également que l'obligation imposée par l'article 8 à l'associé en responsabilité limitée avait pour effet de transformer, selon l'opinion dominante, la souscription d'une part sociale, d'un simple acte

(62) Rapport de M. Drouets présenté au nom de la Commission de la Société d'études législatives chargée d'examiner les modifications à apporter à la loi du 7 mars 1925. *Bulletin* 1927 p. 245.

d'administration en un acte de commerce isolé, nécessitant la capacité de s'obliger. Cette constatation nous a conduit à exiger des conditions de capacité rigoureuses pour l'accomplissement d'un tel acte. L'observation de ces formalités gênera la constitution des sociétés, mais est-on bien sûr qu'en contrepartie elle protégera les incapables ? Il est permis d'en douter ⁽⁶²⁾.

Le système répressif consacré par la loi du 7 mars 1925 est donc de nature à protéger efficacement les intérêts des créanciers sociaux. A égalité de capital social, une société à responsabilité limitée doit offrir une garantie plus sûre qu'une société par actions. Mais par contre ce système, de par sa nature même, apparaît comme beaucoup moins souple, beaucoup plus rigoureux que le système préventif de la loi du 24 juillet 1867. Est-il possible d'atténuer la rigueur de ce système sans porter atteinte à son efficacité ? La question s'est posée, notamment, devant la Société d'Etudes Législatives et a donné lieu à une discussion intéressante à l'Assemblée générale du 1^{er} juillet 1927. L'étude et la critique des suggestions de réforme auxquelles on a abouti trouveront leur place normale dans le cadre de notre dernier chapitre.

(62) Remarquons cependant que la capacité requise pour accomplir un acte de commerce isolé ne correspond nullement avec la capacité nécessaire pour devenir commerçant. Cf. Hémard, *op. cit.*, n° 109.

SECTION II

Conséquences pénales de majoration frauduleuse des apports en nature ⁽¹⁾

Afin d'empêcher les majorations frauduleuses, la loi ne s'est pas bornée à rendre les associés solidairement responsables de la valeur attribuée aux apports en nature, elle a, en outre, édicté des peines contre les coupables.

D'après l'article 38 de la loi du 7 mars 1925, « sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie, ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ».

Cet article institue un délit spécial qui exige la réunion de trois éléments :

1° Il faut qu'il y ait majoration de la valeur des apports en nature. La preuve de la majoration incombe au demandeur. Les règles d'admission seront celles des principes généraux en matière civile. Cette majoration, si petite soit-elle, est en principe punissable, dès l'instant où elle est prouvée ⁽⁶³⁾.

2° Il faut que la majoration ait été accompagnée de manœuvres frauduleuses. Il faut non seulement avoir

(63) Cf. spécialement P. Garraud : *Le régime pénal des Sociétés à responsabilité limitée*, 1927. (Ext. de la *Semaine Juridique*).

(64) Drouets, *op. cit.*, p. 143.

attribué intentionnellement une valeur exagérée aux apports en nature, mais avoir trompé les tiers sur cette valeur à l'aide de manœuvres frauduleuses, de manœuvres actives (faux documents, intervention d'un tiers apportant des renseignements ou des attestations inexactes, etc.).

Mais, dira-t-on, ce délit spécial n'est autre qu'un délit d'escroquerie ? Il n'en est rien. Aux termes de l'article 405 du Code pénal, il faut, pour qu'il y ait délit d'escroquerie, que le coupable « se soit fait remettre ou délivrer ou ait tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ». L'article 38 permet d'atteindre l'auteur d'une majoration frauduleuse d'apport, même si l'on ne peut relever à sa charge la remise ou la délivrance de l'un quelconque de ces biens et valeurs ⁽⁶⁵⁾.

3° Il faut que la mauvaise foi de l'agent soit prouvée, le délit spécial de l'article 38 étant un délit intentionnel.

L'auteur des manœuvres frauduleuses est punissable, que ce soit l'associé dont l'apport a été frauduleusement majoré, un de ses coassociés ou même un tiers étranger à la société.

Les peines applicables sont les peines de l'escroquerie : un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et une amende de 50 à 3.000 francs. Le coupable peut bénéficier des circonstances atténuantes (art. 39 de la loi du 7 mars 1925). Il peut être frappé

(65) Drouets, *op. cit.*, p. 144, et Baudoin, *art. cit.*, *Annales de Droit Commercial*, Avril-Juin 1929, p. 176.

de l'interdiction des droits civils, civiques et de famille (art. 42 du Code pénal).

Cette répression pénale n'est pas négligeable, mais son application sera forcément limitée. Elle ne peut modifier la valeur du système organisé par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925.

CHAPITRE III

Essai de résolution du problème de l'évaluation des apports en nature

Nous avons vu que le problème de l'évaluation des apports en nature s'est posé et a été résolu différemment dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée. Nous avons fait la critique de chaque solution. Il importe maintenant de reprendre, pour ainsi dire, le problème sous ses deux aspects et de rechercher, en s'inspirant des critiques et des solutions du droit comparé, la solution qu'il serait désirable d'adopter dans chaque cas.

Mais avant d'examiner les différentes solutions que peut comporter le problème soit dans les sociétés par actions, soit dans les sociétés à responsabilité limitée, il est intéressant de signaler au préalable une solution originale qui ne consiste ni en un système préventif ni en un système répressif et qui se propose de résoudre le problème en en supprimant la cause. Il s'agit des

actions sans valeur nominale dans les sociétés américaines ⁽¹⁾.

La législation des Etats américains n'a pris aucune mesure préventive dans le but d'obtenir une juste évaluation des apports en nature.

L'apporteur peut être déclaré responsable. Il suffit, dans certains Etats, pour que cette responsabilité soit encourue, que la majoration de la valeur des apports en nature soit prouvée, c'est la règle de la valeur réelle admise dans nos sociétés à responsabilité limitée : *true value rule*. Dans d'autres Etats plus nombreux, il faut encore que l'apporteur ne soit pas jugé de bonne foi, c'est la règle de la bonne foi admise dans nos sociétés par actions : *good faith rule*.

Mais cette responsabilité de l'apporteur n'est pas un remède suffisant au mal connu sous le nom de : *Watering*, mouillage du capital. Le danger de cette surélévation de capital provient de ce fait que les créanciers éventuels de la société se basent sur la valeur nominale du capital social pour se faire une idée de la valeur réelle de leur gage. Or, par suite de la majoration de la valeur des apports en nature, cette valeur nominale s'écarte de la valeur réelle. Il faut donc supprimer l'énoncé de la valeur nominale du capital social qui trompe le public. C'est le principe même de la réforme qui a prévu la création des actions sans valeur nominale : *Shares without par value*. Il n'est plus attribué sur les titres mêmes des actions une valeur aux biens apportés à la société. Ces actions ne représentent

(1) *Les actions sans valeur nominale dans les Sociétés américaines*, par M. H.-E. Barrault. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1926-1927, p. 227.

qu'une fraction de l'actif social. Elles ne garantissent pas la valeur des biens apportés en contrepartie. Les créanciers, s'ils veulent se renseigner sur la valeur réelle du gage qui leur est offert, devront rechercher par eux-mêmes la valeur que représentent les éléments d'actif du bilan.

Cette solution spéciale aux sociétés américaines contient une idée intéressante, mais elle ne résout pas le problème de l'évaluation des apports en nature d'une façon complète. Ces actions sans valeur nominale attribuées à l'apporteur vont lui conférer un droit aux bénéfices. Ce droit sera proportionnel à l'importance de l'apport et pourra, par conséquent, être exagéré. Les souscripteurs de numéraire pourront donc être lésés par l'attribution à l'apporteur d'une part excessive dans les bénéfices.

D'autre part, l'idée que le public cherchera à se renseigner lui-même sur la valeur des apports est très contestable. De plus, l'apporteur ne pourra être déclaré responsable puisque la majoration de la valeur des apports ne pourra se traduire d'une façon apparente pour les tiers.

La solution vaut donc surtout par son originalité. Il ne peut être question, du reste, de l'introduire en France, car elle nécessiterait une refonte de notre régime des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée.

SECTION I

Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions

La solution adoptée par la loi du 24 juillet 1867 n'a pas permis de résoudre le problème d'une façon satisfaisante. Non seulement les créanciers sociaux, mais même les souscripteurs de numéraire ne sont pas protégés contre le danger de la majoration des apports en nature. Aussi faut-il se convaincre de la nécessité d'aboutir à une solution nouvelle, même si cette solution n'est pas parfaite.

D'autre part, il convient de poser le problème d'une façon différente. Il faut, certes, protéger les souscripteurs de numéraire contre le danger de la majoration des apports en nature. Nous avons montré qu'ils étaient en état d'infériorité manifeste pour défendre leurs intérêts contre les apporteurs de biens en nature. Mais la protection des créanciers sociaux ne doit pas être négligée pour autant. Ces derniers seront lésés par la majoration des apports en nature, aussi bien s'ils sont créanciers d'une société par actions que s'ils sont créanciers d'une société à responsabilité limitée ⁽²⁾. La solution que nous adopterons devra donc protéger à la fois les souscripteurs de numéraire et les créanciers sociaux. Il est vrai qu'une solution protégeant efficacement les souscripteurs de numéraires protégerait, par

(2) Il convient cependant de remarquer que dans une Société en commandite par actions, le conflit d'intérêts entre les créanciers sociaux et les commanditaires sera atténué par la responsabilité solidaire illimitée des commandités.

le fait même, les créanciers sociaux. Mais il ne faudra pas admettre d'exception à cette protection, comme le fait l'article 4 *in fine* de la loi du 24 juillet 1867, qui ne prévoit, comme nous l'avons vu, aucune mesure de vérification et d'approbation lorsque « la société à laquelle est fait l'apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis » (3).

La première question qui peut se poser est celle de savoir s'il ne convient pas d'abandonner le système préventif et d'appliquer à la matière des sociétés par actions le système répressif de la loi du 7 mars 1925 ? Nous ne pensons pas que cette solution soit désirable. Il vaut mieux ici prévenir que réprimer. La création d'une société par actions peut avoir, en effet, au point de vue économique, des répercussions considérables que n'entraîne pas la création d'une société à responsabilité limitée qui se rapproche, à ce sujet, beaucoup plus de la société de personnes que de la société de capitaux. Il est de toute utilité que la société par actions se constitue normalement, sainement si l'on peut dire. La majoration des apports en nature pourrait entraîner, par ses conséquences, la faillite de la société et provoquer ainsi des troubles graves.

Aussi faut-il rechercher la solution du problème dans le système préventif. Tout au plus conviendrait-il d'admettre le système répressif, le cas échéant, à titre subsidiaire ?

De nombreuses solutions ont été présentées. Les unes prétendent améliorer le système de la loi du 24 juillet

(3) Cette disposition a de plus été interprétée d'une façon très large par la jurisprudence. V. ce que nous avons dit plus haut à ce sujet.

1867 par l'organisation d'une publicité plus large, à l'exemple de la législation belge. Les autres, plus nombreuses et plus récentes, confient, à l'exemple des législations allemande et anglaise, l'appréciation de la valeur des apports en nature et de la cause des avantages particuliers à des experts indépendants de la sociétés.

Après avoir examiné les unes et les autres solutions dans deux paragraphes distincts, nous indiquerons celle qui nous paraît préférable et nous nous demanderons s'il convient d'admettre alors le système représentatif à titre subsidiaire.

§ I. — AMÉLIORATION DU SYSTÈME DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867

PAR L'ORGANISATION D'UNE PUBLICITÉ PLUS LARGE.

Cette solution a été préconisée notamment dans un projet de loi résultant des délibérations d'une Commission extraparlamentaire instituée par arrêté du 22 juin 1902 de M. le Garde des Sceaux. Cette Commission, présidée par M. Lyon-Caen, élaborait un projet de loi qui tendait à améliorer et à compléter les lois existantes sur les sociétés par actions.

M. Chastenet, député, dans son rapport au nom de la Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle chargée d'examiner le projet de loi, s'exprimait ainsi : « L'esprit qui a guidé dans leurs travaux les deux commissions peut se résumer en une formule très simple : liberté et responsabilité. Les deux termes de cette formule se justifient et se complètent l'un par l'autre. En la matière, la meilleure

garantie d'une responsabilité effective est une large publicité » (4).

Le projet de loi avait consacré, en ce qui concerne la vérification des apports en nature et avantages particuliers, une solution s'inspirant de ces principes. La Commission extraparlamentaire avait repoussé le système qui consistait à confier à des experts judiciaires l'appréciation de la valeur des apports en nature ou de la cause des avantages particuliers (5). Elle avait estimé que l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 pouvait constituer une suffisante protection des actionnaires et des tiers à la condition qu'il fût complété par une disposition relative à la publicité, qui devait figurer dans l'article 58 modifié de la loi de 1867. « Dans le même cas (quand une société se constitue au moyen de souscriptions publiques), si un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, les gérants ou les fondateurs doivent rédiger et annexer au projet de statuts une notice détaillée sur la nature et la valeur des apports ou la cause des avantages particuliers stipulés. Les déclarations ou dissimulations frauduleuses donneront lieu à l'application des pénalités de l'article 15. » Le projet de statuts devait être publié, au *Bulletin annexe du Journal Officiel*, dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription (6). Dans le cas de mise en vente

(4) J. S., 1904, p. 357.

(5) Cette solution avait été admise par le Sénat dans un projet voté en 1884 comme nous le verrons plus loin.

(6) Art 58, 1^{er} alinéa modifié loi de 1867. Le bulletin de souscription devait renvoyer au numéro du bulletin annexe où étaient insérés le projet de statuts et la notice.

d'actions, non ordonnée par justice, d'une société constituée sans souscription publique, le projet de loi exigeait les mêmes formalités de publicité (art. 58, 3^e alinéa). Mais il ne prévoyait pas l'émission d'obligations. La protection des créanciers sociaux était donc insuffisamment assurée.

Les fondateurs ou les gérants devaient publier, dans cette notice, en pleine liberté, mais aussi sous leur propre responsabilité, tous les détails de nature à éclairer les souscripteurs sur la valeur des apports, leur consistance et sur la cause des avantages stipulés. Ils pouvaient encourir, en cas de fraude, les pénalités de l'article 15.

« La publication de cette notice, l'examen auquel se livrera plus tard le commissaire vérificateur des apports, seront des garanties suffisantes pour que le consentement des souscripteurs de numéraire ne soit pas vicié » (7).

Le projet, présenté pour la première fois le 3 avril 1903 à la Chambre et non discuté, déposé une deuxième fois le 18 juin 1906, n'a pas été adopté par le législateur. Toutefois l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 a consacré une de ses dispositions et a exigé avant « l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France, d'actions, d'obligations ou de titres, de quelque nature qu'ils soient, de sociétés françaises ou étrangères » et, préalablement à toute mesure de publicité, la publication au *Bulletin des Annonces légales obligatoires* d'une notice qui doit,

(7) Rapport de M. Rousseau au nom de la Commission extraparlamentaire. J. S., 1903, p. 209 et 210.

entre autres, faire mention des « avantages stipulés au profit des fondateurs et des administrateurs, du gérant et de toute autre personne, ainsi que des apports en nature et de leur mode de rémunération ».

Aucune différence de traitement n'est donc faite entre les souscripteurs de numéraire et les créanciers sociaux : la publication de la notice est exigée, qu'il s'agisse d'émission d'actions ou d'obligations.

Une seule exception est prévue ; c'est dans le cas de constitution simultanée. « Si donc une société se constitue uniquement entre personnes qui se sont préalablement entendues pour devenir actionnaires, il n'y a lieu à aucune publicité, la société ne sollicitant aucune souscription. Par conséquent il nous paraît certain qu'en pareil cas la notice n'est pas nécessaire » (8). Mais si ultérieurement il est procédé à l'introduction des actions sur le marché, la notice deviendra nécessaire comme au cas où la société procéderait à une émission d'obligations.

Pour éviter toutes difficultés et dans un but de simplification, ne serait-il pas préférable d'exiger la publication de cette notice dans tous les cas de constitution de sociétés par actions, qu'elle soit simultanée ou successive ? Si plus tard il était procédé à l'introduction des actions sur le marché ou à l'émission d'obligations, les affiches, prospectus et circulaires n'auraient qu'à reproduire les énonciations de la notice et contenir mention de son insertion au *Bulletin des Annonces légales obligatoires*.

(8) Wahl : *De la publicité des placements de titres suivant la loi du 30 janvier 1907*. J. S., 1907, p. 212.

La disposition de l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 n'a pas produit les résultats qu'on escomptait. Mais on ne peut en conclure que le remède consistant dans une publicité très large aurait été inefficace, car la notice ne contient pas d'indications suffisamment précises pour renseigner les souscripteurs et les créanciers éventuels sur la valeur des apports et la réalité des services auxquels correspondent les avantages stipulés. Il aurait fallu, comme le voulait le projet de loi de 1903, exiger des renseignements plus précis et prévoir également la responsabilité des rédacteurs de la notice, en l'occurrence « émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs » (art. 3 de la loi du 30 janvier 1907).

Certes l'idée de renseigner ainsi les souscripteurs éventuels, avant qu'ils ne soient liés par la souscription et le versement du quart du montant de leurs actions, est excellente. En possession de tous les éléments d'appréciation, ils pourront, au besoin, avant de souscrire, s'entourer des conseils de personnes compétentes qui offriront plus de garantie que le commissaire aux apports. En même temps que les souscripteurs éventuels, la publicité atteindra les futurs créanciers de la société.

Ce système a été adopté, d'une façon exclusive, en Belgique, par la loi du 18 mai 1873 (Code de Commerce, titre 9), modifiée successivement en 1881, 1886, 1901, et enfin par la loi du 25 mai 1913. Nous ne trouvons, en effet, ni commissaires chargés de rédiger un rapport, ni vérification ordonnée par la loi et effectuée par l'assemblée des actionnaires. Seul un ré-

gime de publicité particulièrement détaillée permet d'éclairer aussi exactement que possible les futurs actionnaires, dès avant la souscription. Aux termes de l'article 30 de la loi du 25 mai 1913, l'acte de société doit indiquer notamment la nature de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, les conditions auxquelles il est fait ; les mutations à titre onéreux dont les immeubles apportés à la société ont fait l'objet pendant les cinq années précédentes ; la cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs.

L'acte de société est publié à titre de projet au *Moniteur Officiel* et les souscriptions ne sont recueillies qu'ultérieurement. Les bulletins de souscription doivent reproduire ses principales dispositions.

Le régime belge, allant plus loin que le projet de loi de 1903, a donc préféré « substituer à la vérification par l'assemblée, un système de large publicité permettant au futur actionnaire d'être, dès avant la signature du bulletin de souscription, en possession de toutes les indications indispensables » (9).

Mais pour que la publicité soit effective, il faut, de toute évidence, que les déclarations livrées à la publicité soient exactes. Or, toute liberté est laissée, à ce sujet, aux gérants ou aux fondateurs. La rédaction en est confiée à des personnes intéressées au succès de l'émission : il est donc à craindre que ces personnes ne soient pas d'une impartialité absolue. Aussi a-t-il fallu prévoir, comme l'a fait le projet de loi de 1903, la res-

(9) J. Scordel : *Les apports en nature dans les Sociétés par actions*. Thèse, Paris 1930, p. 453.

ponsabilité que les gérants ou fondateurs pourraient encourir par leurs déclarations mensongères ou par leurs dissimulations. Mais cette responsabilité sera-t-elle effective ? Il est permis d'en douter. « Le malheur est que ces personnes responsables sauront, à l'heure critique, très adroitement s'esquiver. On constatera trop tard que le signataire du prospectus n'était qu'un individu sans surface et sans actif, une sorte de personne interposée » ⁽¹⁰⁾.

Aussi, conformément au principe général qui admet qu'en matière de sociétés par actions, il vaut mieux prévoir que réprimer, il faut, pour que la publicité puisse produire les résultats qu'on en attend, qu'elle soit confiée à des personnes indépendantes de la société et dont l'intervention ne puisse être suspectée de partialité.

Mais encore convient-il de ne pas trop se faire d'illusions sur l'efficacité de la publicité elle-même. M. Thaller s'exprimait déjà ainsi à ce sujet en 1903 : « L'éducation n'a pas disposé les hommes, chez nous, à veiller à la défense de leurs intérêts, quand ces intérêts sont engagés dans une affaire publique... La publicité, loin d'encourager les intéressés à plus de vigilance, les engourdira dans une sécurité trompeuse... Tel qui aura refusé à un ami une avance de fonds ou une commandite, se précipitera tête baissée dans une émission qu'il n'a même pas pris le temps de discuter » ⁽¹¹⁾. Nous craignons bien que rien ne soit

(10) Thaller : *De la réforme de la loi des Sociétés par actions*. Revue politique et parlementaire, janvier 1903, p. 112.

(11) *Même article*, p. 92 et 93.

changé depuis 1903. L'éducation du public est encore à faire à ce sujet. Il faut lui apprendre à voir, tout d'abord, et à tirer ensuite les conséquences de ce qu'il a vu. Dans l'état actuel des choses, la publicité ne peut à elle seule protéger efficacement les créanciers sociaux et les souscripteurs de numéraire.

Le remède consistant dans une publicité très large semble aujourd'hui avoir perdu du terrain. Il semble bien du reste que ce remède ait été préconisé surtout par ceux qui ne voulaient, à aucun prix, de l'intervention de l'autorité dans la constitution des sociétés.

En tous cas, si l'on veut de nouveau avoir recours à la publicité, il faut que cette intervention aille de pair avec l'éducation du public. Il faut, de plus, confier le soin de rédiger les déclarations livrées à la publicité, à des personnes indépendantes de la société, ce qui implique, comme nous allons le voir, l'intervention, sous une forme ou sous une autre, de l'autorité.

§ II. — SOLUTIONS ADMETTANT L'EXPERTISE.

Toutes ces solutions partent d'un point de départ commun : confier l'appréciation de la valeur des apports en nature et de la cause des avantages particuliers à des experts indépendants de la société. Mais elles varient sur la façon de désigner ces experts. Pour que le contrôle soit sérieux, il faut que l'expert soit impartial et compétent. Leur régime doit donc assurer à la fois leur impartialité et leurs connaissances. Or, nous savons par expérience que le régime de liberté absolue ne peut assurer aucune de ces deux qualités. Il ne peut être question de confier en toute liberté le choix de

l'expert aux associés. Ce serait revenir au système de la loi de 1867 avec cette différence que le commissaire aux apports ne pourrait plus être un associé. Mais cette seule limitation au choix du commissaire ne suffirait pas à assurer sa compétence et son impartialité. Non seulement les associés continueraient à choisir l'expert désigné par les fondateurs ou gérants, mais il faut prévoir l'hypothèse assez fréquente de constitution simultanée où tout contrôle par les intéressés devient impossible. Il faut donc que l'autorité intervienne. Mais sur la forme de cette intervention, les solutions diffèrent. Les unes admettent l'intervention directe de l'autorité et confient à cette dernière la nomination de l'expert. Les autres substituent à cette intervention spéciale une intervention générale. Les experts sont agréés par les pouvoirs publics à l'origine, mais les associés peuvent choisir librement, parmi eux, leur commissaire aux apports.

L'expert, une fois désigné, établit son rapport. Ce rapport peut faire l'objet d'une certaine publicité. L'assemblée générale des actionnaires est appelée à se prononcer. Mais le rôle de l'expert, son autorité seront fonction des conditions de sa nomination.

A. — *Solutions admettant l'intervention directe de l'autorité dans la nomination de l'expert.*

Avant de signaler les projets de réforme qui ont tenté d'introduire ce système en France, il convient de procéder à l'examen de la solution-type consacrée en Allemagne par la loi du 28 juin 1884 modificative du régime des sociétés par actions. Les dispositions de cette

loi ont été reproduites dans le Code de Commerce de 1897 et c'est dans ce Code qu'il faut rechercher aujourd'hui l'état de la législation de nos voisins sur la matière.

Outre l'intervention proprement dite des « Revisorens », le législateur allemand a prévu, pour la constitution d'une société anonyme, que cette constitution soit simultanée ou successive ⁽¹²⁾, des formalités préliminaires assez compliquées.

Comme dans le système belge, les statuts sont publiés dans le *Moniteur de l'Empire*. Ils doivent contenir de nombreuses indications concernant les apports.

Aux termes de l'article 186 du Code de Commerce allemand : « Tout avantage spécial stipulé au profit de certains actionnaires doit être fixé par le contrat de société avec désignation de l'ayant-droit.

« Lorsque les actionnaires, en vue de la constitution de la société, font des apports autres que de l'argent comptant, ou lorsque la Société en formation prend à son compte des établissements déjà existants ou encore à créer ou d'autres valeurs quelconques, le contrat de société devra spécifier l'objet de l'apport ou celui de la prise en compte, la personne de laquelle la société acquiert l'objet et le nombre des actions à délivrer pour le montant de l'apport ou l'indemnité à accorder pour l'objet pris en compte.

« Indépendamment de ces fixations, il y a lieu de spécifier dans le contrat de société l'ensemble des dé-

(12) La constitution est simultanée lorsque les fondateurs ont souscrit seuls tout le capital social. L'article 187 du Code de Commerce décide que : « Sont à considérer comme fondateurs de la Société les actionnaires qui ont arrêté le contrat de Société ou qui font des apports autres qu'en argent comptant ».

penses incombant à la société pour indemnité ou rémunération allouées à des actionnaires ou à des tiers, à raison de la fondation de la société ou des travaux préparatoires.

« Toute convention relative aux objets ci-dessus désignés et dont la fixation sus mentionnée n'aura pas eu lieu dans le contrat de société, est sans effet à l'égard de la société » ⁽¹³⁾.

Mais il ne suffit pas que le contrat de société contienne les énonciations demandées. Il faut de plus que les fondateurs justifient, sous leur propre responsabilité, de leur exactitude. Ils ont, aux termes de l'article 191, « dans le cas de l'article 186, 2° alinéa, à exposer dans une déclaration faite par écrit les motifs essentiels dont on a fait dépendre l'appréciation des sommes allouées en compensation des objets apportés ou pris en compte par la société ». Ils doivent, de plus, indiquer, dans la même déclaration, les opérations déjà faites en vue d'acquisitions à réaliser au profit de la société ; enfin, s'il s'agit de la cession d'une entreprise à la société, la déclaration doit signaler les bénéfices d'exploitation pendant les deux derniers exercices.

Les renseignements contenus dans la déclaration écrite des fondateurs sont, à leur tour, vérifiés par les membres du Comité de Direction (Vorstand) et du Conseil de Surveillance (Aufsichtsrat). Ces deux conseils sont nommés par une assemblée générale d'actionnaires, convoquée après la souscription intégrale du capital social.

(13) Nous empruntons la traduction des articles du Code de Commerce Allemand à la thèse de M. Chottin : *De la vérification des apports en nature*, Nancy, 1922, p. 90 et suivantes.

Mais cette vérification, ce contrôle intérieur vont à leur tour faire place à une vérification, à un contrôle venant du dehors. Aux termes de l'article 192, « dans le cas où un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance fait partie des fondateurs ou si un membre s'est réservé un avantage particulier ou bien s'il a stipulé en sa faveur une indemnité ou une rémunération, à raison de la fondation ou des travaux préliminaires à la fondation, ou bien s'il se présente un cas visé à l'article 186, 2° alinéa, une vérification doit en outre être faite par des Réviseurs spéciaux.

« Ces réviseurs sont à nommer par l'organe officiellement appelé à représenter le commerce et à son défaut par le Tribunal dans le ressort duquel la société a son siège social » (13 bis).

Nous voilà donc fixé sur les cas dans lesquels l'intervention des réviseurs est obligatoire (en cas de constitution qualifiée : *Qualifizierte Grundung*) et sur leurs conditions de nomination. L'organe officiellement appelé à représenter le commerce est l'équivalent de notre Chambre de Commerce. Il convient de remarquer, contrairement à une opinion assez répandue, que la Chambre de Commerce ne se borne pas à dresser une liste d'experts parmi lesquels les intéressés pourraient choisir. C'est son Président qui, à chaque demande, désigne les experts (toujours au moins deux).

Ces experts, dont les conditions de nomination garantissent l'indépendance, sont le plus souvent des experts de profession, ce qui donne à leurs affirma-

(13 bis) Consulter à ce sujet l'article de M. Solus : « Les Réviseurs », *Ann. Dr. Comm.*, 1923, p. 309, et 1924, p. 34.

tions d'autant plus de poids. Il est vrai que le Code de Commerce allemand n'a pas déterminé les conditions à remplir pour être réviseur. Mais les Chambres de Commerce importantes ont comblé cette lacune en instituant des corporations de réviseurs.

Aux termes de l'article 193, « la vérification doit spécialement porter sur l'exactitude et la plénitude des déclarations faites par les fondateurs relativement à la souscription et au versement du capital social, ainsi qu'aux constatations prévues par l'article 186, 2^e alinéa ».

Les réviseurs ne sont donc pas appelés, semble-t-il, à apprécier la valeur des biens apportés ou pris en compte. Leur rôle se borne à une vérification matérielle de « l'exactitude et la plénitude » des déclarations faites par les fondateurs ⁽¹⁴⁾. La mission de notre commissaire aux apports paraît, à cet égard, beaucoup plus large : il doit prendre en considération la valeur des biens apportés et ne pas s'en tenir à un simple travail de vérification matérielle ⁽¹⁵⁾. Le Droit français est, sous ce rapport, supérieur au Droit allemand. Il faut en conserver la disposition.

Les réviseurs doivent établir un rapport écrit consignnant les résultats de leurs recherches. L'autorité qui les nomme ne doit exercer aucune influence. Un double de ce rapport est déposé à la Chambre de Commerce. Chacun peut en prendre connaissance (art. 193, alinéa 2).

(14) En ce sens, Baudoin, *article cité*. *Annales de Droit Commercial*, Avril-Juin 1929, p. 179; Chottin, *thèse citée*, p. 104.

(15) A. Charron : *Le rapport du commissaire aux apports*, *Journal des Notaires et des avocats*, 5 mars 1930, p. 231.

Aux termes de l'article 194, « dans le cas où il se produirait entre les réviseurs désignés dans l'article 192, alinéas 2 et 3, et les fondateurs, des divergences d'opinion sur la suffisance des renseignements et des justifications que doivent fournir ces derniers, c'est à l'organe qui aura nommé les réviseurs à trancher la question. Aussi longtemps que les fondateurs se refuseront d'accepter cette décision, le rapport sur la vérification ne pourra être fait ».

Ainsi donc l'assemblée générale des actionnaires n'est point juge du différend qui peut s'élever entre les réviseurs et les fondateurs. La décision de l'organe qui les a nommés s'impose, alors qu'en Droit français les conclusions du rapport du commissaire aux apports n'ont qu'une portée consultative. C'est la conséquence logique du principe de l'intervention directe de l'autorité dans la nomination de l'expert.

Le dépôt du rapport des réviseurs, comme le dépôt du rapport des membres du Comité de Direction et du Conseil de Surveillance, est nécessaire pour que la société puisse être inscrite sur le registre du commerce tenu au tribunal de bailliage (art. 128, loi du 27 mai 1898). L'inscription au registre du commerce n'est pas ici simplement une mesure de publicité ayant une vertu déclarative, mais elle a une vertu constitutive. Aux termes de l'article 200, en effet, « la société par actions n'existe pas comme telle avant son inscription dans le registre du commerce du siège de la société ».

Mais cette formalité si importante de l'inscription au registre du commerce sera-t-elle accordée dès que le dépôt des deux rapports aura été effectué ?

S'il s'agit d'une constitution simultanée, le juge des registres « *Registerrichter* » doit procéder à l'inscription.

S'il s'agit d'une constitution successive (souscription publique), le tribunal de bailliage doit convoquer l'Assemblée générale des actionnaires à l'effet de se prononcer sur la constitution de la société. C'est en quelque sorte la deuxième assemblée constitutive du Droit français. Mais la convocation et la présidence de l'Assemblée allemande appartiennent au Tribunal. De plus cette assemblée ne peut passer outre à l'avis des réviseurs.

La loi exige pour la constitution de la société la majorité du quart au moins des actionnaires et du quart du montant des actions souscrites. Mais si la majorité des actionnaires en numéraire se prononce contre la constitution, cette constitution n'est pas admise (art. 196, alinéa 6).

Les réviseurs sont rémunérés et responsables. « Dans le cas d'un dommage causé par une intention malveillante, par suite d'apports ou d'objets pris en compte, est solidairement responsable, avec les fondateurs, tout tiers sciemment complice de ce dommage » (art. 202, 4^e alinéa, du Code de commerce allemand).

La législation allemande a complété ce système en édictant certaines dispositions (art. 207) pour réagir contre le procédé appelé « *Nachgründung* » qui a pour équivalent chez nous la pratique de l'apport indirect. Si l'acquisition d'immeubles ou d'établissements d'exploitation a lieu moins d'un an après la constitution de la société, elle doit être approuvée par une

majorité réunissant le quart au moins de tout le capital social. Si cette acquisition se réalise plus d'un an, mais moins de deux ans après la constitution de la société et si le prix d'acquisition est supérieur au dixième du capital social, elle doit être approuvée par une majorité réunissant au moins les trois quarts du capital social représenté à l'assemblée générale lors du vote.

Le système allemand que nous venons d'étudier, forme un ensemble assez homogène et très complet. Il a emprunté, en les assimilant, à la législation belge l'idée de publicité et à la législation française l'idée de vérification, de contrôle intérieur (par les membres du Comité de Direction et du Conseil de Surveillance). Mais il contient une idée originale : l'appel à la vérification extérieure, au contrôle venant du dehors, dans tous les cas de constitution qualifiée.

C'est ce principe qu'il a été question d'introduire à diverses reprises en France. « Presque à l'époque même où la législation allemande des sociétés se dotait de cet organe protecteur (institution des réviseurs) — pure coïncidence de date — on cherchait en France à l'introduire dans notre droit » ⁽¹⁶⁾. La discussion au Sénat, en 1884, d'un projet de loi avait abouti à un texte qui instituait l'expertise judiciaire des apports. « Si le quart des actionnaires présents à l'assemblée le demande, il sera procédé à la vérification de la valeur des apports, ainsi que de la cause et de l'étendue des avantages, par un ou trois experts désignés contradictoirement, avec un délégué des réclamants, par le Pré-

(16) Thaller, *article cité*, *Revue politique et parlementaire*, Janvier 1903, p. 103.

sident du Tribunal de Commerce du siège social ». Mais ce projet, on le sait, ne fut pas adopté par la Chambre des Députés.

Plus près de nous, l'introduction des lois commerciales françaises dans les provinces recouvrées a donné beaucoup d'actualité à la question. La solution préconisée au début avait été d'introduire en principe la législation commerciale française à laquelle on aurait adapté les institutions allemandes, dont le maintien était réclamé et notamment l'institution des réviseurs ⁽¹⁷⁾. Mais dans l'esprit des personnes qui préconisaient cette solution, le maintien provisoire de certains textes allemands devait être accompagné d'un projet de loi appliquant à la France entière les dispositions allemandes, ainsi maintenues. Dans un but d'unification louable, si le projet de loi n'avait pas été pris en considération, il aurait fallu abroger le texte allemand maintenu dans les provinces recouvrées ⁽¹⁸⁾.

La Commission chargée de préparer l'introduction des lois commerciales françaises en Alsace-Lorraine élaborait un projet qui consacrait cette solution et adaptait notamment l'institution des réviseurs à la législation commerciale française introduite dans les provinces recouvrées. Au commissaire aux apports venait se substituer des experts réviseurs nommés par les groupements régionaux de Chambres de commerce institués par arrêté ministériel du 1^{er} août 1915. Jusqu'à la

(17) Cf. Avis de la Chambre de Commerce de Strasbourg. Séance du 20 mars 1920. J. S. 1920, p. 386.

(18) Cf. Avis d'un groupe de professeurs de la Faculté de droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg. *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1921, p. 268 et suivantes.

constitution de ces groupements en Alsace-Lorraine les réviseurs continueraient à être nommés par les Chambres de Commerce.

Sur trois points particuliers, le projet modifiait le système allemand.

Les réviseurs, dans l'esprit du projet, devaient avoir les mêmes fonctions que notre commissaire aux apports. Le premier travail de vérification matérielle effectué, ils devaient apprécier la valeur des biens apportés. Mais, comme dans le système allemand, ils devaient, en outre, vérifier si les prescriptions de la loi française concernant la constitution des sociétés par actions (souscription intégrale du capital social, versement effectif du quart) avaient été observées.

D'après l'article 12 du projet, l'intervention des réviseurs était obligatoire dans tous les cas de constitution de sociétés par actions et non pas seulement dans les cas de constitution qualifiée.

De plus, l'Assemblée générale (la seule assemblée constitutive), pouvait passer outre à l'avis des réviseurs. Mais, dans ce cas, la déclaration devait en être faite au moment de l'inscription au registre du commerce, qui en ferait mention. Les souscripteurs dissidents auraient le droit de retirer leurs mises ; à défaut de souscriptions nouvelles complétant le capital social, la société ne serait pas constituée (art. 11 du projet) ⁽¹⁹⁾.

Tel qu'il avait été rédigé, le projet fut adopté par

(19) Cf. *Exposé des motifs au nom de la Commission chargée de préparer l'introduction des lois commerciales françaises en Alsace-Lorraine*, par M. Bourcart, *Annales de Droit Commercial*, 1920, p. 20 et suivantes, et Chottin, *thèse cit.*, p. 149 et 150.

l'Administration et présenté au Conseil consultatif d'Alsace-Lorraine, session d'octobre 1921. Mais il fut combattu. Une tendance se fit jour qui réclamait le maintien en bloc de toute la législation allemande des sociétés par actions. En présence de ces deux tendances contradictoires (introduction de la législation française améliorée, maintien de la législation allemande), le Conseil Consultatif, dans une séance plénière, adopta une solution transactionnelle qui lui fut présentée par la sous-commission d'études. Cette solution prévoyait, pour les sociétés par actions, un régime de transition progressive, dont le principe fut adopté par le Parlement dans la loi du 1^{er} juin 1924. L'article 18 de cette loi commence par réserver le droit d'option inscrit dans l'article 13 de la loi des conflits du 24 juillet 1921. « La faculté d'option existera pour un acte de société même antérieurement conclu à la promulgation de la présente loi ». Le même article 18 maintient ensuite la loi dite locale sans limitation de durée pour les sociétés existantes et pour celles qui se constitueront sous le régime de cette loi, jusqu'au 1^{er} janvier 1930. Seulement, à partir du 1^{er} janvier 1935, aucune modification de statuts de ces sociétés ne pourra se faire sans entraîner l'adoption de la loi française.

La loi du 1^{er} juin 1924 s'est efforcée ainsi de contenter tout le monde ou plutôt de ne mécontenter absolument personne. Quoi qu'il en soit, le nombre des sociétés constituées sous le régime de la loi locale est infime. La raison en est, comme le dit M. Bourcart, « que la loi française est plus facile, plus indulgente que la loi allemande et que son adoption dispense de

certaines exigences, de certaines précautions, en première ligne, la vérification par des réviseurs. Cette observation montre toute l'erreur de ceux dont l'intransigeance réclamait le maintien en bloc de toute la législation allemande des sociétés anonymes, repoussait avec dédain le système des améliorations particulières apportées à notre loi de 1867 sur des points spéciaux. Aujourd'hui, ces améliorations souhaitables sont en voie de disparaître des trois départements ; l'intransigeance et le dédain se retournent contre leurs partisans » ⁽²⁰⁾.

L'insuccès de cette tentative n'a pas découragé les partisans de l'introduction de l'institution des réviseurs (ou d'un système équivalent) en Droit français.

Plus près de nous, en 1927, il a été question, comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce chapitre, de recourir à l'intervention d'experts nommés par le tribunal, dans les sociétés à responsabilité limitée.

Les auteurs qui refusent d'admettre l'intervention d'experts nommés par l'autorité ne contestent d'ailleurs pas l'efficacité d'un pareil système qui serait de nature à conférer à l'expert une compétence et une impartialité suffisantes. Ce qu'ils reprochent au système, c'est le principe même de l'intervention directe de l'autorité. « Si l'ingérence d'experts étrangers dans les affaires de la société est une chose recommandable, comme nous le pensons, n'est-ce pas affaiblir la réussite de la réforme que de faire désigner ces experts par le tribunal ou par la Chambre de Commerce ?

(20) *La situation juridique actuelle des Sociétés alsaciennes et lorraines*. J. S., 1925, p. 200.

L'expert est un délégué de l'autorité qui l'a nommé, partant un représentant de l'Etat... Si l'expert délivre un avis favorable, le public verra dans cet avis une apostille, un certificat de recommandation; il se dispensera de vérifier lui-même et l'entreprise succombant, il ne manquera pas de s'en prendre à l'autorité qui l'a si mal défendu. Si l'expert conclut contrairement aux estimations des fondateurs, le projet de constitution de société se trouvera mis en échec (et cela quand même la loi ne ferait pas de ce désaccord un empêchement légal pour les fondateurs de donner suite à l'entreprise); il sera mis en échec, sans qu'on ait la garantie que des cabales n'ont pas agi sur l'esprit du délégué de justice pour obtenir de lui une appréciation hostile » ⁽²¹⁾. Et M. Thaller concluait: « Le premier devoir des personnes qui croient à l'efficacité possible de ce rouage est de soumettre les experts à un régime qui, tout en assurant leur impartialité et leurs connaissances, cessera de faire d'eux les agents de l'autorité publique » ⁽²²⁾. C'est ce régime que nous allons étudier.

B. — *Solutions confiant l'expertise à des experts choisis par les associés, mais ayant été agréés par l'autorité à l'origine.*

Le point de départ, assez éloigné, il est vrai, de ces solutions a été fourni par la pratique anglaise.

La loi anglaise n'avait prévu aucune mesure de vé-

(21) Thaller, *article cit.*, à la *Revue politique et parlementaire*, Janvier 1903, p. 103 et 104.

(22) *Même article*, p. 104.

rification des apports. Mais la coutume si puissante dans tout le système juridique anglais a comblé cette lacune. La pratique s'est généralisée, de confier à des experts connus sous le nom de « Chartered accountants » le soin d'apprécier la valeur des divers biens, dont l'apport doit être fait à la société.

Ces experts, dépourvus de tout caractère officiel et dont l'intervention n'est pas obligatoire, ont su par leurs méthodes ainsi que par leur compétence et leur probité, inspirer au public anglais une telle confiance qu'il n'est pas de société sérieuse qui refuse de recourir à leurs services.

L'association des *Chartered Accountants*, reconnue par une charte royale du 11 mai 1880 et appelée *The Institute of Chartered Accountants in England and Wales*, se recrute par voie de cooptation et elle est très sévère, dans le choix de ses membres. L'admission dans la corporation en qualité d' « associate », ne peut être prononcée qu'après des examens préliminaires portant sur des connaissances d'ordre général, un stage d'au moins cinq ans dans une étude de « Chartered Accountants » et deux examens exclusivement pratiques. Le candidat est alors admis en qualité d' « Associate ». Ce n'est qu'après cinq ans de pratique comme Chartered Accountant, qu'il pourra être nommé « Fellow ».

Il ne s'agit pas de créer en France une ou plusieurs compagnies professionnelles d'experts, exactement sur le modèle adopté par les Anglais. M. Thaller lui-même qui a préconisé l'essai de cet organisme en France le reconnaît : « Chez nous, un personnel d'agents libres

n'arriverait pas à conquérir dans l'opinion une réputation d'intégrité comparable à celle des *accountants* anglais, même sous des statuts qui établiraient entre eux une forte discipline et des rapports de solidarité » ⁽²³⁾. L'intervention de l'autorité apparaît comme nécessaire. Mais il ne peut être question d'une intervention directe et spéciale ; il doit s'agir d'une intervention à l'origine et générale. Les experts doivent être agréés par les pouvoirs publics à l'origine, l'autorité qui les nomme doit vérifier leurs aptitudes. « Mais l'expert une fois nommé n'aura plus à solliciter les investitures successives de la justice (si c'est le tribunal qu'on charge de cette mission) pour exercer son ministère... Requis d'opérer il procédera en vertu d'une action propre n'engageant d'autres opinions et d'autre responsabilité que la sienne » ⁽²⁴⁾.

Cette intervention de l'autorité à l'origine devait logiquement, dans la pensée de M. Thaller, conférer à ces experts officiels un monopole et rendre leur intervention obligatoire. Mais cet expert officiel devait être choisi dans les mêmes conditions et avoir la même mission que le commissaire aux apports. Les conclusions de son rapport n'auraient qu'une portée consultative. La deuxième assemblée générale constitutive pourrait toujours passer outre à l'avis de cet expert officiel. M. Thaller proposait de ne faire peser sur l'expert officiel qu'une responsabilité assez légère (dol ou faute caractérisée) pour ne pas décourager les candidats à

(23) Thaller, *article cit.*, p. 105.

(24) *Même article*, p. 106.

la profession, le rôle de l'expert devant surtout avoir une vertu préventive.

Telle était la solution que M. Thaller avait proposée dans ses grandes lignes en 1903. Depuis lors, cette solution a trouvé notamment une forme plus précise, bien qu'un peu différente, dans la proposition de loi de M. le député Fleury-Ravarin, déposée le 22 avril 1921 ⁽²⁵⁾. Aux termes de l'article 1^{er} de cette proposition : « L'évaluation des apports prévus à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés doit être faite par des Commissaires choisis en dehors des actionnaires.

« Ces commissaires sont pour les immeubles des architectes patentés, pour le matériel et les brevets d'invention des ingénieurs également patentés. Ils reçoivent immédiatement après le dépôt de leur rapport une rémunération en argent. Ils sont civilement responsables de leur évaluation. En aucun cas, ils ne peuvent être nommés commissaires aux comptes ».

Ce texte confie ainsi à des professionnels indépendants, choisis par les associés, mais ayant leur titre et patente, le soin d'évaluer les apports en nature. L'attribution de la patente équivaut ici à l'intervention à l'origine de l'autorité. Nous examinerons plus loin l'efficacité de cette forme d'intervention. Mais on peut reprocher dès maintenant à la proposition de loi Fleury-Ravarin de limiter le choix des spécialistes auxquels il faudra recourir. Un fonds de commerce par exemple comprendra, outre du matériel et des brevets

(25) J. O., 1921, Ch. des Députés. Doc. parl., Ann. 2543, p. 1464.

d'invention, des stocks de marchandises. L'ingénieur patenté ne sera pas particulièrement qualifié pour les évaluer. Cette proposition de loi contient cependant une idée intéressante et qui devrait, selon nous, être retenue. On exige, de nos jours, de l'expert, une compétence universelle et on lui confie des missions aussi nombreuses que variées. L'idée serait excellente de réagir contre cette tendance et d'appliquer en la matière, le vieux principe de la division du travail. Chaque catégorie d'experts aurait une compétence propre et bien limitée. Tel expert ne pourrait plus être à la fois commissaire aux apports et commissaire aux comptes dans la même société. Ce principe aurait en outre l'avantage de conférer à l'expert chargé de l'évaluation des apports en nature plus d'indépendance, puisque, ne pouvant être par la suite commissaire aux comptes, il n'aurait aucun intérêt à la constitution de la société.

La proposition de loi Fleury-Ravarin n'a pas été discutée. Le principe qu'elle contient a été repris sous une forme différente par la Chambre de Commerce de Nancy qui a émis le vœu dans sa séance du 6 mars 1922, sur le rapport de M. Solus, professeur à la Faculté de Droit et membre correspondant de cette Chambre, « que la vérification des apports en nature soit confiée à des commissaires choisis en dehors des actionnaires et parmi des personnes dont la compétence technique aura été agréée par le Tribunal de Commerce » ⁽²⁶⁾. C'est le principe même qu'avait soutenu M. Thaller en 1903.

(26) *Bulletin de la Chambre de Commerce de Nancy*, n° 86, p. 48.

§ III. — RÉFORMES PROPOSÉES

L'étude des solutions du droit comparé et des projets de réforme qui se sont fait jour en France va nous permettre de formuler, dans leurs grandes lignes, les réformes qui nous paraissent désirables.

L'expertise, nous l'avons montré, risque d'être inefficace, sans l'intervention de l'autorité dans la nomination de l'expert. Ce sont là deux termes qui se complètent: l'un ne pouvant aller sans l'autre. Ils sont tous deux vivement critiqués.

Les abus de l'expertise (notamment en matière judiciaire où il ne se passe guère de procès sans expertise) ont compromis quelque peu la valeur d'un pareil système. Les experts ont un courant d'opinion défavorable à remonter.

Il convient de les aider en ne leur confiant tout d'abord que des expertises pour lesquelles ils ont une compétence suffisante. A ce sujet, on a fait remarquer que l'évaluation des apports en nature était une chose fort délicate et difficile à confier à un expert. Il s'agit, en effet, d'apprécier non seulement la valeur objective de l'apport, mais sa valeur telle qu'elle existe pour la société. Il entre ainsi dans cette valeur, a-t-on dit, un élément subjectif que l'expert ne pourrait apprécier. De même, « le motif pour lequel des avantages particuliers sont demandés est parfois délicat à expliquer et à traduire dans un rapport; ici, des arguments d'ordre économique ou psychologique peuvent être invoqués pour mettre les actionnaires en mesure de se prononcer » ⁽²⁷⁾.

(27) A. Charron, *article cité*, *Journal des Notaires et des Avocats*, 5 mars 1930, p. 231. .

Il ne faut pas, selon nous, exagérer la difficulté. Ce qu'on demande au commissaire aux apports, c'est d'abord un premier travail de vérification matérielle. Il doit ensuite apprécier la valeur des biens apportés. Pour ce faire, il procédera le plus souvent par comparaison; il se renseignera sur la valeur des fonds de commerce similaires ou des immeubles voisins et de même destination. La méthode est donc empirique; elle n'exige pas de compétence spéciale. La pratique courante des affaires suffira.

Mais ce qu'il importe surtout d'exiger de l'expert, c'est non pas tant sa compétence que son impartialité. Seule l'intervention de l'autorité peut assurer à l'expert cette qualité. Or cette intervention directe ou indirecte de l'autorité dans la constitution de la société est vivement critiquée. M. Lyon-Caen a émis notamment, au cours d'une assemblée générale de la Société d'Etudes Législatives du 1^{er} juillet 1927, son opinion à ce sujet, d'une façon absolue et qui peut paraître sans appel. « Il est une idée générale excellente que l'on a maintenue chez nous depuis la loi de 1867 dans les sociétés anonymes et à laquelle il faut se conformer pour les autres sociétés ⁽²⁸⁾ : l'autorité publique ne doit ni directement ni indirectement intervenir dans la constitution d'une société. D'après la loi allemande les réviseurs sont pris sur une liste dressée par la Chambre de Commerce ⁽²⁹⁾. Nous n'avons jamais voulu de cela. On n'a jamais voulu d'un système analogue en France,

(28) Il s'agissait de combattre une proposition préconisant l'intervention d'experts judiciaires dans les sociétés à responsabilité limitée.

(29) Nous avons fait remarquer que c'était le Président de la Chambre de Commerce qui nommait directement les experts réviseurs.

la constitution des sociétés doit être entièrement libre et aucune autorité publique ne doit intervenir ni directement ni indirectement.

« Il faut conserver ce système de liberté, il serait dangereux d'entrer dans la voie que l'on nous indique.

« C'est ce qui nous a toujours fait repousser le système des reviseurs introduit en Alsace-Lorraine en 1884 » ⁽³⁰⁾.

Cette opinion est conforme à la tendance de l'entreprise privée française. L'industriel, le commerçant français ont toujours montré une répugnance marquée à admettre l'intrusion d'étrangers dans leurs affaires. A la différence de ce qui se passe aux Etats-Unis, par exemple, où l'entreprise privée se constitue et fonctionne au grand jour, l'entreprise française se constitue et fonctionne beaucoup plus discrètement, si l'on peut dire ; elle cherche à dissimuler ses bénéfices, aussi bien que ses pertes.

On a expliqué cette tendance par la crainte de l'inquisition fiscale. Mais c'est une raison qui n'a plus de valeur de nos jours. Le fisc a actuellement de tels moyens d'inquisition qu'il peut agir par lui-même et n'a pas besoin de recourir aux services du commissaire aux apports. Cette tendance a sa source beaucoup plus profonde dans la formation même du chef d'entreprise ; elle est un peu une partie de notre caractère français.

C'est contre cette tendance appliquée aux sociétés par actions et plus particulièrement aux sociétés ano-

(30) *Bulletin* 1927, p. 297 et 298.

nymes qu'il faut réagir. On conçoit à la rigueur qu'une société en nom collectif qui est une société de personnes, qu'une société à responsabilité limitée qui est le plus souvent une société de famille, ne se prêtent guère, par leur nature même, à l'intervention de l'autorité, soit dans leur constitution, soit dans leur fonctionnement. Mais la société anonyme au contraire est une société de capitaux: sa constitution, son fonctionnement intéressent le public (actionnaires, obligataires) auquel elle a fait appel. Cette société doit se constituer et fonctionner au grand jour; elle n'a pas à craindre la lumière. L'intervention de l'autorité est nécessaire, il faut l'admettre, l'intérêt public l'exige.

Mais sous quelle forme cette intervention doit-elle se produire ?

La solution qui consiste à confier la nomination de l'expert soit au tribunal, soit à la Chambre de Commerce, doit assurer à la fois son indépendance et sa compétence. Mais il y a l'objection que nous avons signalée: l'expert étant un délégué de l'autorité, si l'expert délivre un avis favorable, le public ne manquera pas de s'en prendre, si l'entreprise succombe, à l'autorité qui l'a nommé.

La deuxième solution que nous avons examinée permet-elle d'échapper à cette objection ? Elle consiste, nous l'avons vu, à permettre aux associés de choisir librement le commissaire aux apports parmi des personnes indépendantes de la société et dont la compétence technique aura été agréée à l'origine par l'autorité (Tribunal de Commerce). Cette solution doit assurer la compétence de l'expert. Mais assurera-t-elle

son impartialité ? Il est permis d'en douter. L'objection qu'adressait M. Rousseau à la proposition de loi Fleury-Ravarin paraît s'appliquer au système tout entier. « Telle société qui aura besoin d'un architecte ou d'un ingénieur complaisants pour des évaluations fantaisistes, les trouvera aisément. Il en est plusieurs qui, malgré leur titre et patente, vivent misérablement ou laissent voir des besoins que leurs gains habituels ne peuvent permettre de satisfaire. Ils seront une proie pour les financiers sans scrupule » ⁽³¹⁾. N'est-il pas à craindre que parmi les personnes dont la compétence technique aura été agréée par le tribunal ou la Chambre de Commerce, se glissent également des experts sans conscience qui seront imposés par les fondateurs ou les gérants au choix des associés ?

Cette objection est d'autant plus grave que l'impartialité de l'expert est, bien plus que sa compétence, la garantie d'un rapport sérieux susceptible d'éclairer les souscripteurs éventuels et les futurs créanciers de la société. L'impartialité est une qualité toute relative, c'est à l'autorité qui nomme l'expert qu'il appartiendra de choisir, dans chaque cas particulier, l'expert susceptible d'avoir le plus d'indépendance. Il y aura certes des chances d'erreur, mais ces chances seront limitées dans la mesure du possible.

Nous nous rallions donc à la solution qui confie la nomination de l'expert à l'autorité et nous croyons pouvoir préconiser, dans leurs grandes lignes, les formes suivantes :

(31) Rousseau (H.) : « Du contrôle dans les Sociétés par actions ». *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1921.

1° Le projet de statuts doit être rédigé intégralement et déposé, avant toute souscription du capital social, soit en l'étude d'un notaire, soit au Greffe du Tribunal de Commerce où quiconque pourra en prendre connaissance ⁽³²⁾.

2° Dans tous les cas (constitution successive et simultanée) et également avant toute souscription du capital social, le Président du Tribunal de Commerce désignera, à la demande des gérants ou des fondateurs, parmi les experts-comptables titulaires du brevet délivré par l'Etat et dont la liste pourra être arrêtée chaque année par le tribunal, le commissaire chargé d'établir le rapport sur la valeur des apports en nature et la cause des avantages particuliers. Ce commissaire sera rémunéré et responsable dans les termes du droit commun.

Le rapport devra faire l'objet d'une publicité appropriée. Les bulletins de souscription devront reproduire ses principales dispositions et renvoyer au numéro du journal dans lequel il aura été publié.

Cette publicité aura l'avantage d'émaner d'une personne indépendante de la société et par conséquent impartiale. Elle touchera de plus les souscripteurs éventuels avant qu'ils ne soient liés par la souscription et le versement du quart du montant de leurs actions. S'il est procédé plus tard à une augmentation de capital ou à une émission d'obligations, la publicité qui

(32) L'indication des mutations à titre onéreux dont les biens apportés ont fait l'objet, exigée par certains auteurs, trouvera sa place normale dans l'origine de propriété qu'il est d'usage d'établir dans les statuts. Mais les dissimulations de prix de vente assez fréquentes qui se seront produites, enlèveront à cette indication toute utilité pratique.

précèdera ces opérations devra renvoyer à ce rapport original (33).

3° Enfin l'unique assemblée constitutive sera convoquée pour approuver les apports en nature et avantages particuliers. Il serait, certes, plus conforme à la tradition libérale de notre législation des sociétés par actions, d'admettre que cette assemblée pourrait toujours passer outre à l'avis du commissaire aux apports, qui n'aurait ainsi qu'une portée consultative. Mais nous ne pouvons admettre cette solution qui risquerait de compromettre l'efficacité du système tout entier, car il se trouverait toujours des associés assez peu perspicaces pour négliger l'avis autorisé du commissaire et suivre les conseils intéressés des gérants ou fondateurs. Certes, ces associés ne devraient s'en prendre qu'à eux-mêmes, s'ils subissaient par la suite un préjudice, mais ils n'en auraient pas moins compromis gravement la situation des créanciers sociaux et des futurs souscripteurs aux augmentations de capital. Nous nous résignons donc à adopter une solution interventionniste à l'extrême, mais nécessaire. Si un désaccord s'élève entre le commissaire et les fondateurs ou gérants, ces derniers devront s'incliner ou faire appel de la décision du commissaire, devant le Tribunal de Commerce. La sentence du Tribunal s'imposera aux fondateurs ou gérants comme aux associés ; ces derniers ne pourront que suivre les directives du Tribunal ou ne pas constituer la société. L'intérêt des créanciers sociaux et des futurs souscripteurs sera sauvegardé.

(33) En cas d'augmentation de capital, les formalités que nous indiquons devront évidemment se reproduire, si l'augmentation comporte des apports en nature ou s'il existe des avantages particuliers.

Il existe enfin un dernier moyen de protéger ces créanciers et ces souscripteurs. Le procédé est à la fois simple et pratique. Il consiste à exiger que l'indication du capital social, partout où elle est requise, se décompose et s'établisse comme suit : 1° indication du capital social en numéraire; 2° indication du capital social en nature. Les créanciers et les souscripteurs éventuels seraient donc immédiatement renseignés et se tiendraient naturellement en garde si le montant du capital social en nature était de beaucoup supérieur au montant du capital social en numéraire.

Le système que nous présentons fait donc appel, d'une part, à l'idée de contrôle extérieur et, d'autre part, à l'idée de publicité préventive. Mais nous reconnaissons bien volontiers qu'il n'est pas encore parfait.

Du reste, l'expérience a prouvé que les remèdes préventifs, si parfaits soient-ils, étaient parfois inefficaces. Faut-il donc recourir au système répressif à titre subsidiaire ?

L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 a prévu, il est vrai, l'exercice de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. Mais ce moyen, nous l'avons montré, est limité dans son exercice puisque la responsabilité qui peut en résulter est essentiellement subjective ⁽³⁴⁾; il est également limité dans ses effets, puisque seul l'auteur du dol ou de la fraude répondra des condamnations prononcées.

(34) Il est nécessaire de prouver la mauvaise foi, l'intention de nuire qui caractérisent le délit civil.

Un auteur ⁽³⁵⁾ a proposé d'admettre la responsabilité solidaire des apporteurs, des gérants ou fondateurs, en cas de majoration de la valeur des apports en nature, non pas vis-à-vis des souscripteurs de numéraire parties à l'acte, mais vis-à-vis des tiers (créanciers, futurs souscripteurs aux augmentations de capital).

Cette réforme est intéressante. La responsabilité solidaire est limitée aux apporteurs, aux gérants ou fondateurs. La différence de situation établie entre les souscripteurs parties à l'acte et les tiers nous paraît justifiée.

Mais l'étude des critiques adressées au système de la loi du 7 mars 1925, comme l'étude des propositions de réforme que nous allons faire, doivent nous inciter dans cette voie à beaucoup de prudence.

SECTION II

Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée

Deux remarques s'imposent qui doivent nous inciter à quelque prudence dans la recherche d'une solution meilleure de ce problème.

Les critiques dirigées contre l'œuvre du législateur de 1925 s'inspirent, il faut bien le reconnaître, soit de considérations théoriques, soit de la prévision de difficultés dont l'avenir seul révélera la gravité. Il faut

(35) J. Scordel, *thèse cit.*, p. 469.

donc se garder des réformes trop hâtives et attendre que le régime ait subi l'épreuve du temps.

S'il est désirable d'alléger la charge imposée à certains associés, il convient cependant de ne pas sacrifier les intérêts des créanciers sociaux et de ménager le crédit des sociétés à responsabilité limitée. Ce crédit est, à tort ou à raison, discuté. Certaines banques exigent des gérants des sociétés à responsabilité limitée qu'ils se portent personnellement cautions solidaires de la société, garantie que les banques ne songent nullement à solliciter des administrateurs des sociétés anonymes. Cette exigence est le résultat d'un manque de confiance qui, selon nous, n'est pas justifié. Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte de cette tendance et ne pas oublier que toute réduction des garanties légales offertes aux tiers aura pour conséquence le renchérissement du crédit et le renforcement des garanties conventionnelles. Cette réflexion doit nous mettre en garde contre le danger des réformes trop absolues.

La question de savoir s'il était désirable de modifier le régime institué par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 s'est posée notamment, avons-nous dit, devant la Société d'Etudes Législatives et a donné lieu à une discussion intéressante à l'Assemblée générale du 1^{er} juillet 1927. Deux propositions de réforme ont été présentées : l'une consistant à recourir à l'intervention d'experts nommés par le tribunal; l'autre, qui fut finalement adoptée, consistant à limiter la responsabilité solidaire instituée par l'article 8, aux apporteurs de biens en nature et aux gérants. Ces deux propositions répondent à deux idées de nature différente qui vont

faire chacune l'objet d'un paragraphe distinct : ou bien adapter le système préventif à la matière des sociétés à responsabilité limitée ou bien améliorer le système répressif en limitant ses conséquences à certains associés.

§ I. — ADAPTATION DU SYSTÈME PRÉVENTIF
A LA MATIÈRE DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Le Droit allemand ne peut être d'aucun secours, puisque les sociétés « mit beschränkter Haftung » ne sont pas soumises obligatoirement au contrôle des réviseurs, qui est seulement applicable aux sociétés par actions.

La proposition de réforme présentée par M. d'Aygurande à la Commission de la Société d'Etudes Législatives chargée d'examiner les modifications à apporter à la loi du 7 mars 1925, et reprise ensuite en Assemblée générale, consistait à recourir à un système préventif équivalent à l'institution des réviseurs, qu'on avait voulu introduire dans la loi lors de sa discussion.

M. d'Aygurande proposait de permettre aux associés qui ne veulent entrer dans une société à responsabilité limitée qu'en ayant tout apaisement pour l'avenir, de demander aux tribunaux la nomination d'experts. « Lorsqu'il y aura eu cette formalité substantielle, lorsque les experts auront donné leur avis et auront déclaré que l'apport n'est pas majoré, ce sera l'équivalent de l'approbation des apports telle qu'elle est instituée dans les autres formes de sociétés » ⁽³⁶⁾.

(36) *Bulletin*, 1927, p. 297.

Cette proposition présentait deux inconvénients. Bien que laissant subsister le principe de l'article 8 et ne conférant à l'expertise qu'un caractère facultatif, elle permettait cependant à tous les associés, sans distinction, d'échapper à la responsabilité de l'article 8 par un simple recours à une vérification préalable. D'autre part, l'idée de l'intervention d'experts nommés par le tribunal avait peu de chance d'aboutir en raison de la nature même de la société à responsabilité limitée, qui est le plus souvent une société de famille et ne se prête guère à l'intervention de l'autorité publique, soit dans sa constitution, soit dans son fonctionnement. M. le Président Mennesson vit les deux difficultés et proposa une solution intermédiaire : « Lorsqu'il y aura des incapables ou lorsqu'il y aura des apports en nature effectués au cours de la société, l'examen de la valeur des apports sera fait par un expert choisi sur la liste établie par le tribunal » ⁽³⁷⁾. Le recours à l'expertise devenait obligatoire, mais était limité à deux cas particuliers. Outre la situation des incapables, la situation des associés, en cas d'augmentation de capital comportant des apports de biens en nature, avait été considérée également comme délicate. « Ceux qui ont constitué la société et qui veulent augmenter le capital par des apports en nature ont provoqué une assemblée générale. Que puis-je faire ? Protester. Je proteste. On passe outre ; les statuts sont modifiés, régulièrement publiés ; des apports en nature sont constitués et vous voulez que moi qui ai souscrit quand il

(37) *Bulletin*, 1927, p. 297.

n'y avait pas d'apport en nature, je sois cependant tenu éventuellement de la responsabilité naissant de ces apports ultérieurs » ⁽³⁸⁾. D'autre part, la solution proposée par M. le Président Mennesson confiait au tribunal un rôle plus modeste ; elle le chargeait du soin de dresser la liste des experts que les associés devaient choisir. C'était une solution moyenne entre la liberté absolue et le contrôle judiciaire. Cette formule transactionnelle ne fut cependant pas retenue. On fit valoir que l'expertise constituerait une gêne pour les pères de famille et les tuteurs, et qu'on aboutirait par là à écarter les mineurs des sociétés à responsabilité limitée. Mais il semble bien que ce soit l'intervention décisive de M. Lyon-Caen, que nous avons rappelée, qui ait fait rejeter l'intervention, sous une forme ou sous une autre, du tribunal.

Il semble bien que le système préventif ainsi conçu ait peu de chances de rallier les suffrages du Parlement. A la différence des sociétés par actions, la société à responsabilité limitée est une société dont toutes les parts sociales sont souscrites par des parents ou amis. Elle doit se constituer sans l'intervention directe ou indirecte de l'autorité.

Reste, il est vrai, une troisième forme de système préventif, le système de liberté absolue. Le choix de l'expert appartient en toute liberté aux associés. C'est le système préventif de la loi du 24 juillet 1867. Mais nous savons par expérience que le fait de confier ce choix aux associés, n'est pas une garantie suffisante

(38) Observations de M. d'Ayurande, *Bulletin*, 1927, p. 295.

de la compétence et de l'impartialité de l'expert. On conçoit, dans ces conditions, qu'il ne soit pas possible d'admettre que le recours à une expertise de ce genre puisse mettre les associés à l'abri d'une action en responsabilité ultérieure fondée sur l'article 8. Le rapport de l'expert pourra toujours être discuté. Mais il aura cependant une utilité — utilité que nous avons rappelée — il pourra constituer une base sérieuse de discussion pour établir la valeur réelle de l'apport envisagée à l'époque de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital. Le système préventif, même conçu sous cette forme, peut donc avoir une certaine utilité. Mais et ce sera notre conclusion :

1° Il ne faut pas lui attribuer plus d'effet qu'il n'en peut produire. Le recours au système préventif ne peut pas notamment affranchir les associés de la responsabilité de l'article 8, même en établissant l'entière bonne foi des associés ; il ne doit pas avoir pour effet de tempérer l'application de la loi, si la majoration de la valeur de l'apport est prouvée.

2° Il ne faut reconnaître à ce système préventif qu'un caractère facultatif. Tout au plus conviendrait-il de l'imposer au tuteur qui souscrit des parts sociales pour le compte de son pupille ?

Le système préventif ne peut donc avoir qu'une application assez limitée, aussi bien dans son emploi que dans ses effets. Il ne peut atténuer sensiblement la rigueur du système répressif. Aussi convient-il de rechercher la solution du problème dans l'amélioration du système répressif lui-même.

§ II. — AMÉLIORATION DU SYSTÈME RÉPRESSIF.
LIMITATION DES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE A
CERTAINS ASSOCIÉS.

En nous ralliant au système qui considère la responsabilité de l'article 8 comme la sanction d'une obligation de garantie solidaire imposée par la loi à tous les associés, nous avons fait remarquer que la solution du problème nous paraissait être d'admettre une responsabilité limitée dans sa portée, bien que susceptible d'une application plus large et de limiter cette responsabilité à certains associés par une réforme.

La proposition qui consistait à limiter la responsabilité solidaire instituée par l'article 8, aux apporteurs de biens en nature dont l'évaluation aura été exagérée et aux gérants, avait rencontré au sein de la Commission de la Société d'Etudes Législatives, chargée d'examiner les modifications à apporter à la loi du 7 mars 1925, une opposition sérieuse et avait été finalement repoussée par sept voix contre six. On avait fait valoir, entre autre, que le moment était mal choisi pour réduire les garanties accordées par la loi aux créanciers de la société, alors qu'on reprochait précisément à l'institution de ne pas offrir de base solide au crédit. La proposition fut cependant reprise par M. Drouets dans son rapport à l'Assemblée générale : « Les apporteurs sont, en effet, les principaux coupables et les bénéficiaires de la majoration; quant aux gérants on peut admettre que les fonctions assumées par eux les obligent à contrôler l'exactitude des évaluations faites et à s'assurer que le montant de ces éva-

luations correspond exactement à la valeur réelle des biens apportés » ⁽³⁹⁾. Ce n'est qu'en fin de délibération, après avoir rejeté les propositions de M. d'Aygurande et de M. le Président Mennesson, que l'Assemblée générale se rallia à la thèse transactionnelle de M. Drouets.

La solution présentait l'avantage de réduire les difficultés relatives notamment à la situation des incapables et plus particulièrement des mineurs. Ce qui rend en effet cette situation particulièrement délicate, c'est le principe de solidarité en vertu duquel le mineur peut être appelé à répondre de la différence entre la valeur d'estimation et la valeur réelle des apports en nature des autres associés. En limitant la responsabilité de l'article 8 aux apporteurs de biens en nature, on supprimait par là même cette difficulté. Seul l'apporteur de biens en nature dont l'évaluation aura été exagérée sera responsable avec le gérant.

Or, que se passe-t-il en cas d'apport par le mineur non émancipé de biens en nature ? L'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du Tribunal seront autant de garanties que l'évaluation des biens apportés aura été faite prudemment. En tout cas, même s'il y a majoration, il n'est pas excessif que le mineur soit tenu de la différence entre la valeur d'estimation et la valeur réelle, puisqu'il ne versera rien de plus que ce qu'il doit et qu'il aura bénéficié directement de la majoration.

Dans le cas particulier d'apport par le mineur non

(39) *Bulletin*, 1927, p. 291.

émancipé d'un immeuble, il convient de signaler la solution consacrée par l'arrêt du 5 juillet 1925 de la Cour de Paris (Rép. gén. not., 1925, p. 459); qui a validé l'apport en société d'un immeuble appartenant à des mineurs, sans observation des formalités de l'article 459 du Code civil (vente publique aux enchères), parce que l'immeuble devait rester normalement dans le fonds social et que l'opération ne constituait point une vente.

La solution proposée par l'Assemblée générale de la Société d'Etudes Législatives paraît résoudre le problème d'une façon satisfaisante.

Mais cette solution cadre-t-elle avec le système de « l'obligation légale de garantie solidaire » ? Aucune difficulté quant aux apporteurs de biens en nature qui sont à la fois les principaux coupables et les principaux bénéficiaires de la majoration. Mais les gérants ne sont responsables que parce que seule une faute plus grave que celle commise par les autres associés peut leur être reprochée. Faut-il donc limiter la responsabilité instituée par l'article 8 aux seuls apporteurs en nature ? Il semble bien que, malgré la contradiction apparente que nous venons de signaler entre notre théorie et la solution proposée par la Société d'Etudes Législatives, il faille, pour des nécessités pratiques, continuer de tenir cette dernière solution comme seule acceptable.

La responsabilité solidaire des apporteurs de biens en nature et des gérants sera-t-elle une garantie suffisante pour les créanciers sociaux ? Un auteur a pensé qu'il conviendrait d'établir entre les apporteurs en na-

ture d'une part et les autres associés d'autre part, une hiérarchie dans leur responsabilité ⁽⁴⁰⁾. Les premiers seraient tenus avec les gérants d'une obligation principale de garantie solidaire, selon les termes de l'article 8. Les autres associés ne seraient tenus solidairement qu'en qualité de cautions des apporteurs en nature et des gérants que les créanciers sociaux devraient d'abord discuter. La solidarité lierait ces associés au même titre que les apporteurs en nature et les gérants : le poids des condamnations prononcées devrait se répartir entre eux proportionnellement à leurs parts sociales.

Cette solution originale à laquelle nous nous rallions, ne supprime pas les difficultés, mais elle les atténue. Si l'insolvabilité des apporteurs en nature et des gérants se produit, nous nous retrouvons devant la situation à laquelle nous nous proposons de remédier. Mais ce recours éventuel des créanciers sociaux contre les autres associés est la seule façon de permettre au système répressif de conserver son efficacité entière.

(40) Desbois, *article cité*, p. 329.

Conclusion

Parmi les réformes que nous venons de préconiser, celle relative à la réglementation du choix du commissaire aux apports dans les sociétés par actions, nous paraît la plus nécessaire.

Cette réforme dont le but est la sauvegarde des intérêts des souscripteurs de numéraire et des créanciers sociaux, sera-t-elle adoptée par le Parlement, si elle fait l'objet d'un projet ou d'une proposition de loi? Un mouvement de législation se dessine actuellement en faveur de la protection de l'épargne. Mais la réforme que nous envisageons ne paraît pas, pour l'instant, retenir l'attention du législateur. Son effort tend actuellement à améliorer la solution donnée par la loi du 24 juillet 1867 à un problème voisin : le problème du contrôle de la gestion des administrateurs dans les sociétés anonymes.

Ce problème présente avec celui que nous avons étudié dans les sociétés par actions des analogies certaines.

Il intéresse à la fois les actionnaires et les tiers. Le contrôle de la gestion des administrateurs constitue pour eux une garantie: tous ont intérêt à ce que ce contrôle soit efficace.

Pour ce faire, l'article 32 de la loi du 24 juillet 1867 a confié ce contrôle à des commissaires de surveillance analogues aux commissaires aux apports. Ces commissaires sont désignés par l'Assemblée générale annuelle des actionnaires. Ils sont chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs. La délibération contenant approbation du bilan et des comptes est nulle si elle n'a pas été précédée du rapport des commissaires.

Enfin, cette solution, identique à la solution donnée au problème de l'évaluation des apports en nature, suscite également les mêmes critiques. Elle néglige l'intérêt des tiers puisque le contrôle de la gestion des administrateurs est confié aux seuls actionnaires. De plus, ce contrôle ne constitue souvent, même pour ces derniers, qu'une garantie illusoire, soit à raison de l'incompétence des commissaires de surveillance, soit à raison de leur partialité, parce qu'ils n'auront pas, vis-à-vis du Conseil d'administration, l'indépendance et la liberté d'action nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Ces critiques ont appelé les mêmes réformes. M. Chastanet reprenant (Doc. parl. Ch., session ext., 1928, annexe 952, p. 288) une proposition de loi déposée à la Chambre en 1926, a proposé de réserver les fonctions de commissaires de surveillance aux experts-comptables titulaires du brevet créé par décret du 22 mai 1927, et d'accroître leurs moyens d'investiga-

tion ⁽¹⁾. Cette réforme, analogue par son principe à celle que nous avons préconisée pour les commissaires aux apports, n'a pas encore été discutée.

Enfin, le Gouvernement vient de déposer un projet de loi (session juin-juillet 1930). Ce projet a été distribué aux membres du Parlement. Il se borne à consacrer des innovations très modestes : il exclut de la fonction de commissaire de surveillance les salariés de la Société et de ses filiales, les parents et alliés à un certain degré des administrateurs et les faillis non réhabilités ; il exige un rapport des commissaires dans tous les cas où les actionnaires ont à approuver une décision du Conseil d'administration ; enfin, réforme très utile réclamée depuis bien longtemps, il étend la durée des pouvoirs d'investigation des commissaires à l'année entière, alors qu'actuellement l'article 33 de la loi du 24 juillet 1867 ne leur permet de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société que dans le délai de trois mois avant l'assemblée générale.

Il est à souhaiter que, lors de la discussion de ce projet de loi, un amendement vienne réglementer également le choix du commissaire aux apports. Mais les réformes contenues dans ce projet, pour heureuses qu'elles soient, nous semblent insuffisantes. Leur adoption ne devra être considérée que comme une étape dans la voie de la réalisation des réformes que nous avons préconisées. Seules ces dernières peuvent assurer

(1) *Notes parlementaires*. Voirin, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 911.

à la fois la compétence et l'impartialité des commissaires, sauvegarder ainsi les intérêts des actionnaires et des tiers et contribuer, dans une modeste mesure, à la protection de l'épargne.

Vu : Lyon, le 8 Janvier 1931

Le Président de la Thèse,

G. COHENDY.

Vu : Lyon, le 8 Janvier 1931

Le Doyen,

L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

JOSEPH GHEUSI.

Bibliographie

- Joseph HÉMAR. — *Théorie et pratique des nullités de Sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., Sirey, 1926.
- C. HOUPIN et H. BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol., 5^e éd., Paris, 1923, t. I.
- L. LACOUR et J. BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, t. I.
- Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, avec la collaboration de André AMIAUD :
Traité de Droit commercial, 5^e éd., t. II, 1^{re} partie, 1926
2^e partie, 1929. *Des sociétés*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Manuel de Droit commercial, 15^e éd., Paris, 1928.
- Paul PIC (Collection Thaller). — *Des sociétés commerciales*, t. I (1908), t. II (1911-1914). Paris.
- Dalloz, Répertoire pratique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, 1925. *Société*, par Paul PIC.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 7^e éd., Paris 1925.
- Ch. DEFRENOIS. — *Traité formulaire des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd.
- DROUETS. — *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée* (Préface de Charles Lyon-Caen), 2^e éd., 1927.
- LEPARGNEUR. — *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*. Paris, 1925 ; extrait du *Journal des Sociétés*, mai-juin 1925.

- Paul PIC et F. BARATIN. — *Des société à responsabilité limitée*, 2^e édit., Paris, 1929.
- G. PIOT. — *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 1926 ; extrait du *Journal des Notaires et des Avocats*, 1925.

THESES. — BROCHURES. — ARTICLES DE REVUE

- M.-H.-E. BARRAULT. — *Les actions sans valeur nominale dans les sociétés américaines*. Bulletin de la Société de Législation comparée, 1926-1927.
- BAUDOIN. — *De l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée*. Annales de Droit commercial, avril-juin, 1929.
- BOURCART. — *Exposé des motifs au nom de la Commission chargée de préparer l'introduction des lois commerciales françaises en Alsace-Lorraine*. Annales de Droit commercial, 1920.
- *La situation juridique actuelle des sociétés alsaciennes et lorraines*. Journal des Sociétés, 1925.
- *La société à responsabilité limitée*. Annales de Droit commercial, 1925.
- A. CHARRON. — *Le rapport du commissaire aux apports*. Journal des Notaires et des Avocats, 5 mars 1930.
- CHOTTIN. — *De la vérification des apports en nature*. Thèse Nancy, 1922.
- P. COURTOIS. — *Des apports dans les sociétés à responsabilité limitée*. Thèse Paris, 1930.
- H. DESBOIS. — *Les apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée*. Etude critique de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, mai-juin 1929.
- DROUETS. — *Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'Etudes Législatives chargée d'examiner les modifications à apporter à la loi du 7 mars 1925*. Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1927.

- P. GARRAUD. — *Le régime pénal des sociétés à responsabilité limitée*, 1927 (extr. de la Semaine Juridique).
- H. MAZEAUD. — *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*. Revue trimestrielle de Droit Civil, 1929.
- Le vote privilégié dans les Sociétés de capitaux* (préface de G. COHENDY), 2^e édit., 1 vol., Dalloz.
- L. MAZEAUD. — *Obligation in solidum et solidarité entre co-débiteurs délictuels*. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, mars-avril 1930.
- PERCEROU. — *Les sociétés à responsabilité limitée*. Annales de Droit comm., 1925.
- PIC. — *Des apports en nature et avantages particuliers sujets à vérification lors de la constitution d'une société par actions. Détermination d'un critérium légal*. Journal des Sociétés, 1914.
- J. SCORDEL. — *Les apports en nature dans les sociétés par actions*. Thèse Paris, 1930, Sirey.
- SOLUS. — *Les reviseurs*. Annales de Droit commercial, 1923-1924.
- THALLER. — *De la réforme de la loi des sociétés par actions*. Revue Politique et Parlementaire, janvier 1903.
- WAHL. — *De la publicité des placements de titres suivant la loi du 30 janvier 1907*. Journal des Sociétés, 1907.
- Assemblée générale de la Société d'Etudes Législatives du 1^{er} juillet 1927. Bulletin, 1927.

ABREVIATIONS

- D. R. P. : Dalloz Répertoire Pratique.
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- Gaz. Soc. : Gazette des Sociétés.
- Gaz. Trib. : Gazette des Tribunaux.
- J. S. : Journal des Sociétés civiles et commerciales.
- J. T. C. : Journal des Tribunaux de Commerce.
- R. S. : Revue des Sociétés.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — <i>Le critérium légal de l'apport en nature et de l'avantage particulier</i>	
SECTION I. — L'apport en nature dans les Sociétés par actions et les Sociétés à responsabilité limitée	15
<i>Paragraphe I.</i> — L'apport en nature proprement dit rémunéré par des actions ou parts sociales	17
<i>Paragraphe II.</i> — L'apport en nature — cause d'avantage particulier — rémunéré par des droits aux bénéfices sociaux	24
<i>Paragraphe III.</i> — Distinction entre l'apport en nature et la vente	31
A) La vente à une Société par actions doit-elle être soumise aux formalités de vérification des apports?	31
B) La vente à une Société à responsabilité limitée met-elle en jeu la responsabilité solidaire des associés vis-à-vis des tiers, prévue par l'article 8 de la loi du 7 Mars 1925?	39
<i>Paragraphe IV.</i> — L'apport mixte	42

SECTION II. — L'avantage particulier dans les Sociétés par actions	43
<i>Paragraphe I.</i> — Causes de l'avantage particulier	44
<i>Paragraphe II.</i> — Au profit de quelles personnes l'avantage particulier doit-il être stipulé pour être sujet à vérification?	45
<i>Paragraphe III.</i> — Formes de l'avantage particulier . .	49
A) Avantage consistant soit en un droit aux bénéfices, soit en un privilège quelconque	49
B) Avantage consistant en une somme fixe	52
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le système préventif consacré par la loi du 24 Juillet 1867 dans les Sociétés par actions</i>	55
SECTION I. — Historique de la vérification des apports en nature et des avantages particuliers	56
SECTION II. — Caractéristiques générales du système	65
SECTION III. — Exposé et critique	69
<i>Paragraphe I.</i> — Composition et conditions de fonction- nement des deux assemblées constitutives	71
<i>Paragraphe II.</i> — Rôle du Commissaire aux apports . .	78
<i>Paragraphe III.</i> — La décision de la deuxième assem- blée constitutive	83
SECTION IV. — La partie répressive du système	88
<i>Paragraphe I.</i> — De la garantie due par l'associé ap- porteur à la Société	89
<i>Paragraphe II.</i> — Des conséquences juridiques de la majoration frauduleuse des apports en nature	93
A) Action en nullité de l'apport	96
B) Action en dommages intérêts	99

CHAPITRE II. — <i>Le système répressif consacré par la loi du 7 Mars 1925 dans les Sociétés à responsabilité limitée</i>	103
SECTION I. — Origines du système	104
SECTION II. — Conséquences civiles de la majoration des apports en nature	108
<i>Paragraphe I.</i> — Le fondement délictuel ou quasi délictuel de la responsabilité de l'article 8	111
A) Associés responsables	112
B) Portée de la responsabilité	120
C) Conditions d'exercice de l'action en responsabilité	123
<i>Paragraphe II.</i> — Fondement légal de la responsabilité de l'article 8	129
A) Conditions d'exercice de l'action en responsabilité	130
B) Portée de cette responsabilité	130
C) Associés responsables	131
<i>Paragraphe III.</i> — Choix d'un système. Critiques	144
SECTION II. — Conséquences pénales de la majoration frauduleuse des apports en nature	152
CHAPITRE III. — <i>Essai de résolution du problème de l'évaluation des apports en nature</i>	155
SECTION I. — Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les Sociétés par actions	158
<i>Paragraphe I.</i> — Amélioration du système de la loi du 24 Juillet 1867 par l'organisation d'une publicité plus large	159
<i>Paragraphe II.</i> — Solutions admettant l'expertise	167
A) Solutions admettant l'intervention directe de l'autorité dans la nomination de l'expert	168

B) Solutions confiant l'expertise à des experts choisis par les associés, mais ayant été agréés par l'autorité à l'origine	180
<i>Paragraphe III.</i> — Réformes proposées	184
SECTION II. — Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les Sociétés à responsabilité limitée	193
<i>Paragraphe I.</i> — Adaptation du système préventif à la matière des Sociétés à responsabilité limitée	195
<i>Paragraphe II.</i> — Amélioration du système répressif. Limitation des conséquences du principe à certains associés	199
CONCLUSION	203
BIBLIOGRAPHIE	207



IMP. BOSC FRÈRES & RIOU

N. 42, QUAI GAILLETON 1

6 6 0 0 LYON 0 0 0 0



